

**Rettsvirkninger av sammenhengende midlertidig
tilsetting i 4 år.**

Arbeidsmiljøloven § 14-9 (5)



Universitetet i Oslo
Det juridiske fakultet

Kandidatnummer: 538
Leveringsfrist: 26.04.2011

Til sammen 15 032 ord

26.04.2011

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
1.1	Introduksjon	1
1.2	Problemstilling	2
1.3	Avgrensninger	3
1.4	Sentrale begreper	4
1.5	Oversikt over den videre fremstilling	5
<u>2</u>	<u>RETTSKILDESITUASJONEN</u>	<u>6</u>
2.1	Rettslig grunnlag: Rett til fast stilling etter § 14-9 (5) andre og tredje punktum	6
2.1.1	Kort om bokstav a) såkalte prosjekter	8
2.1.2	Kort om bokstav b) vikariater	11
<u>3</u>	<u>FOKUS PÅ RETTSKILDEMESSIGE SPØRSMÅL</u>	<u>12</u>
3.1	Innledning	12
3.2	”Den ulovfestede læren”	12
3.3	EUs rådsdirektiv om midlertidige ansettelse	14
3.4	Tjenestemannsloven	15
3.5	Forarbeider	17
3.6	Praksis	19

3.7	En oppsummering av rettskildesituasjonen	21
<u>4</u>	<u>PROBLEMER RUNDT OPPTJENINGEN</u>	<u>22</u>
4.1	Innledning	22
4.2	Ikrafttredelse	23
4.3	Fravær som ikke kommer til fradrag	24
4.3.1	Kort om sykefravær	25
4.3.2	Kort om permisjoner	26
4.3.3	Kort om ferieavvikling	27
4.4	Hva avbryter opptjeningen?	28
4.5	Hva setter opptjeningen på pause?	29
<u>5</u>	<u>RETTSVIRKNINGER AV AT FIREÅRSMERKET PASSERES</u>	<u>29</u>
5.1	Innledning	29
5.2	Stillingsvern	30
5.3	I hvilken stilling blir man ansatt?	31
5.3.1	Arbeidsgivers styringsrett	33
5.3.2	”Grunnpregstandarden”	36
5.4	I hvor stor brøk blir man ansatt?	38
5.4.1	Er en gjennomsnittsberegning riktig?	41
5.5	Erstatning ved ulovlige midlertidig ansettelse	42
5.6	Rettsvirkninger etter Tjenestemannsloven	46
5.7	Oppsummering	47
<u>6</u>	<u>KONKLUSJON</u>	<u>47</u>

<u>7</u>	<u>KILDER</u>	<u>48</u>
7.1	Litteratur	48
7.2	Lover	49
7.3	Direktiv	50
7.4	Forarbeider	50
7.5	Forskrift	51
7.6	Kongelig resolusjon	51
7.7	Avgjørelser fra Høyesterett	51
7.8	Avgjørelser fra Lagmannsretten	52
7.9	Forvaltningspraksis	52

1 Innledning

1.1 Introduksjon

Arbeid anses som et grunnleggende velferdsgode i vårt samfunn. Ordnete forhold og forutsigbarhet i arbeidslivet er et politisk mål for velferdsstaten. Dette gjenspeiles i lovgivningen med stadig flere rettigheter for arbeidstakerne.

De mest sentrale bestemmelsene i forbindelse med et arbeidsforhold finnes i arbeidsmiljøloven av 17. juni 2005 (heretter aml.).

Arbeidsmiljølovens formål er å sikre trygge ansettelsesforhold og likebehandling i arbeidslivet, samt sikre et arbeidsmiljø som gir grunnlag for en helsefremmende og meningsfylt arbeidssituasjon, jf aml. § 1-1. Til tross for et stort antall endringer i arbeidsmiljøloven siden 1977, har formålsbestemmelsen hele tiden stått uendret.

Hovedregelen i norsk rett er at arbeidstakeren skal ansettes fast. På bestemte vilkår kan en arbeidstaker likevel ansettes midlertidig som følge av reglene om midlertidig ansettelse i aml. § 14-9.

Et midlertidig arbeidsforhold kan bare lovlig inngås i de tilfeller som er opplistet i § 14-9 (1) a til e. Den ansatte er da ansatt i et bestemt tidsrom, til arbeidet er avsluttet eller noe annet følger av skriftlig avtale, jfr. aml. § 14-9 (5) første punktum. Bruken av midlertidige ansettelser er utstrakt, og har lenge vært et politisk betent tema. Fireårsregelen i § 14-9 (5) trådte i kraft sammen med ny arbeidsmiljølov 1. januar 2006. Bakgrunnen for fireårsregelen var dels et direktiv fra EU¹, og dels et ønske om harmonisering av reglene i tjenestemannsloven² og aml.

Den nå lovfestede retten til fast stilling etter fire års sammenhengende tilsetting, gir midlertidig ansatte rett til samme stillingsvern som faste ansatte. Etter ordlyden er virkningen av fire års

¹ Rådsdirektiv 1999/70/EF

² Tjenestemannsloven av 4. mars 1983 nr. 3

sammenhengende ansettelse at den midlertidige avtalen opphører og den ansatte anses som fast ansatt. Lovteksten sier imidlertid ingenting om hvilke rettigheter man opparbeider seg, foruten oppsigelsesvern.

Oppgavens tema er hvilke rettsvirkninger det får for arbeidstakeren at fireårsmerket passerer. Det drøftes hvor stor stillingsandel man har krav på, og hvilken stilling man eventuelt trer inn i.

Ettersom ordlyden er taus på dette området, vil det være nødvendig å se hen til andre relevante kilder som forarbeider og praksis. Det å ha fast stilling har en rekke økonomiske konsekvenser, for eksempel kan det være et vilkår for å få banklån. Det er derfor viktig at loven håndheves på en slik måte at misbruk av midlertidige ansettelser slås hardt ned på.

Før fireårsregelen trådte i kraft, var det utviklet en regel i rettspraksis om rett til fast ansettelse for midlertidig ansatte. Den såkalte ”ulovfestede læren” vil derfor bli brukt til sammenligning underveis i oppgaven.

1.2 Problemstilling

Den overordnede problemstilling jeg søker å belyse i avhandlingen, er hvilke konsekvenser det får for den ansatte at fireårsmerket passerer.

For å gjøre rede for hvilke rettigheter som oppstår, vil det være nødvendig å se på tidsrommet for opptjeningen. Hvorvidt kravet til sammenhengende arbeidsforhold er oppfylt, er her relevant. Det er et faktum at arbeidsgivere har sagt opp midlertidig ansatte like før maksgrensen er nådd, for så å fornye kontrakten igjen like etter. Dersom dette gjøres utelukkende for å forhindre at den ansatte oppnår stillingsvern, kan arbeidsforholdet likevel anses for å ha vært ”sammenhengende”. Det må videre skilles mellom hvilket fravær som kan regnes med i opptjeningen og hva som anses som en avbrytelse. Selv om normalt sykefravær må aksepteres, bør det etter min mening også kunne stilles et visst krav til innsats fra den ansattes side. Den lovfestede retten bør heller ikke kunne misbrukes av den ansatte. Selv om vilkårene i § 14-9 (1) i utgangspunktet er oppfylt, kan arbeidsforholdet senere utvikle seg til å bli så tilknyttet til virksomheten, at vilkårene for midlertidighet ikke lenger er tilstede.

Det følger av § 14-9 (4) at ”*arbeidstaker som har vært ansatt i mer enn ett år, har krav på skriftlig varsel om tidspunkt for fratreden senest en måned før fratredelsestidspunktet*”. Dette

kan by på problemer dersom det blir varslet for sent, og fireårsmerket blir passert i mellomtiden. Hvilke rettsvirkninger bør arbeidsgivers forsømmelse her få? Det er i disse tvilstilfellene formålsparagrafen bør tillegges betydning. Dette kommer jeg tilbake til under punkt 5. Problemstillingens aktualitet underbygges av de mange forslag om endringer, og de endringer som har blitt foretatt i bestemmelsens korte virketid. Til tross for at ordlyden har blitt endret for å angi hvem den gjelder for, fremstår virkningene fortsatt som uklare. På den ene siden ønskes arbeidstakeren oppsigelsesvern, men på den andre siden bør det respekteres at arbeidsgiver har behov for å regulere arbeidskraften i forhold til arbeidsmengden.

1.3 Avgrensninger

Oppgavens tema er retten til fast stilling etter aml. § 14-9 (5) andre og tredje punktum. Dette innebærer en avgrensning mot retten til fast stilling på andre grunnlag. Det vil bli redegjort for retten til fast ansettelse før fireårsmerket er passert, i den grad rettspraksis fra tiden før fireårsregelen i aml. trådte i kraft er relevant. Det vil kunne ha en viss verdi å se på hvilke rettsvirkninger den ansatte utleder av den såkalte "ulovfestede læren", dette vil derfor bli brukt til sammenligning underveis i fremstillingen.

Bestemmelsen hjemler rett til fast ansettelse for henholdsvis a) såkalte prosjekter og b) vikariater. Bokstav c) til e) vil derfor falle utenfor fremstillingen.

For å finne svar på hvilke rettsvirkninger som inntreffer når fireårsmerket passerer, er det bare de arbeidsforholdene som fortsatt vedvarer etter fire år, og som oppfyller vilkårene, som er relevante. Det avgrenses således mot arbeidsavtaler som er opphørt eller avsluttet etter § 14-9 (5) første punktum. For å kunne redegjøre for rettsfølgesiden av bestemmelsen, vil det være nødvendig å redegjøre for vilkårene for opptjeningen.

I tillegg til aml. er retten til fast ansettelse hjemlet i EU-retten og spesiallovgivningen, dette vil bli redegjort for i den grad det er relevant. For å kunne gi en redegjørelse for hvilke rettsfølger som inntreffer som følge av fireårsregelen, vil det være nødvendig å se hen til tjenestemannslovens (tjml.) bestemmelser om midlertidige ansettelser og praksis på dette området. Adgangen til å inngå tariffavtale om midlertidige ansettelser etter § 14-9 (3) for visse arbeidsgrupper, er derimot ikke relevant for fremstillingen.

Da oppgavens tema dreier seg om retten til fast ansettelse på bakgrunn av den lovfestede fireårsregelen, avgrenses det videre mot ansettelser på åremål etter § 14-10, da disse stillingene i

utgangspunktet ikke dekker et midlertidig behov.

Selv om oppgaven i hovedsak tar for seg retten til fast ansettelse etter bokstav a og b i § 14-9 første ledd, er det verdt å merke seg at bestemmelsen også gjør seg gjeldende for innleide arbeidstakere etter § 14-12 tredje ledd. Reglene om oppsigelsesvern i aml kapittel 15 vil kun bli gjort rede for i den grad de har relasjon til stillingsvernet i § 14-9 (5).

1.4 Sentrale begreper

En arbeidstaker er etter definisjonene i aml. § 1-8 første ledd, ferieloven³ § 2 (1) og folketrygdloven⁴ § 1-8 ”*enhver som utfører arbeid i annens tjeneste*”. For at noen skal anses som arbeidstaker, må det derfor foreligge et reelt arbeidsforhold. For den som ikke er arbeidstaker, gjelder ikke det arbeidsrettslige regelverk med mindre det finnes særlig hjemmel for det. Arbeidsgiver er i aml. § 1-8 annet ledd definert som ”*enhver som har tilsatt arbeidstakere for å utføre arbeid i sin tjeneste*”.

I denne sammenheng er “virksomhet” et sentralt begrep. Opptjening til fireårsregelen er begrenset til arbeid utført i samme virksomhet. Virksomhet er normalt det samme som arbeidsgiver⁵. Arbeidsgiverbegrepet er formelt og faller vanligvis sammen med den som i juridisk forstand betaler lønnen. I det private næringsliv vil arbeidsgiver være den en person er ansatt hos. Det kan være en fysisk person, et ansvarlig selskap eller et aksjeselskap. I statlig sektor er det vanlig at staten regnes som en virksomhet. Unntaket er statsbedrifter som er egne rettssubjekter, f.eks. heleide aksjeselskap.

Lovens avgrensning begrenser adgangen til å legge sammen arbeid utført ved forskjellige virksomheter. Dersom arbeidsgiverfunksjonen i realiteten er delt mellom flere rettssubjekter, kan resultatet likevel bli at arbeidsgiveransvaret anses som delt mellom dem. Det er særlig i saker som omhandler oppsigelsesvernet og plikten til å tilby annet passende arbeid jfr. § 15-7 nr. 2, dette får betydning. Det er da ofte forholdet mellom virksomhetsbegrepet og arbeidsgiverbegrepet som blir vurdert.

³ Ferieloven av 29. april 1988 nr. 21

⁴ Folketrygdloven av 28. februar 1997 nr. 19

⁵ Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s. 74

I Wärtsilä- saken⁶ ble den daglige lederen av et datterselskap sagt opp i forbindelse med omlegging av virksomheten. Morselskapet og datterselskapet i konsernet ble da ansett for å ha et felles arbeidsgiveransvar, og oppsigelsen ble kjent ugyldig. Dette taler for at man kan legge sammen arbeidsforhold ved flere virksomheter med delt arbeidsgiveransvar, også ved beregning av ansettelsestid etter fireårsregelen.

Normalt vil personer tilknyttet en virksomhet være arbeidstakere. Dersom man ansetter noen til å utføre et bestemt oppdrag, kan det oppstå spørsmål om den aktuelle kontrakt kan betegnes en arbeidsavtale eller en oppdragsavtale. Om arbeidsforholdet anses som det ene eller andre, har betydning for spørsmålet om gyldigheten av den midlertidige arbeidsavtalen, oppsigelsesvernet, sykepenger osv. Det er få lovregler som klargjør når man står overfor den ene eller den andre kontraktstypen. Gode grunner taler imidlertid for å legge folketrygdlovens definisjon av ”*frilanser*” til grunn. Det følger av ordlyden i folketrygdloven § 1-9 at “*med frilanser menes i denne loven enhver som utfører arbeid eller oppdrag utenfor tjeneste for lønn eller annen godtgjørelse, men uten å være selvstendig næringsdrivende*”.

Dersom det beregnes feriepenger og foretas skattetrekk av lønnen, trekker det i retning av et arbeidstakerforhold. En oppdragstaker står også fritt til å ha andre jobber parallelt, denne retten kan være begrenset for arbeidstakere. I tvilstilfeller må det derfor foretas en konkret vurdering før det kan fastslås om man står overfor et oppdragstakerforhold eller et arbeidstakerforhold.

1.5 Oversikt over den videre fremstilling

Målet med avhandlingen er å gi en fremstilling av de rettsvirkninger som inntreffer når man har vært sammenhengende midlertidig ansatt i mer enn fire år. I punkt 2 vil det bli gjort rede for bestemmelsens ordlyd og kort om lovens anvendelsesområde. Ved å ta utgangspunkt i lovens ordlyd får man ikke klarhet i hvilke rettsvirkninger som inntreffer. Man må derfor gå til andre tilgjengelige kilder som forarbeider og praksis, for å se hvilke standpunkt som er tatt. I punkt 3

⁶ Rt 1990 s. 1126

vil det bli redegjort for de kilder som er relevante å ta i betraktning. Bestemmelsen er relativt ny, likevel er det spesielt én dom, Sykehuset Innlandet- dommen⁷, som tar opp problemstillingen. Dommen tar for seg forarbeidene inngående, og disse drøftelsene vil bli gjort rede for i punkt 3.6. Videre vil det i punkt 4 fokuseres på problemene rundt opptjeningen. Når har man vært ansatt sammenhengende i mer enn fire år? Til slutt vil jeg i hoveddelen, punkt 5, foreta en analyse av de rettsvirkninger som inntreffer. Hva ligger i begrepet stillingsvern, hvilke rettigheter ønsket lovgiver å gi den midlertidig ansatte og hvordan praktiseres dette av domstolene?

2 Rettskildesituasjonen

2.1 Rettslig grunnlag: Rett til fast stilling etter § 14-9 (5) andre og tredje punktum

Kapittel 14 i lov 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø (aml.) gjelder ansettelse mv. Hovedreglene om midlertidig ansettelse finnes i aml. §§ 14-9 og 14-10. Disse reglene erstatter aml. 1977 § 58 A. Regelverket for midlertidige ansettelse er i tillegg spredt i forskrifter og i særlovgivningen, og det materielle innhold i lovene er forskjellig. At utviklingen av regelverket har vært såpass ulikt, kan nok skyldes at interessegruppene innenfor de ulike områdene har hatt ulik innflytelse på lovgiver. Aml. regler om midlertidig ansettelse er nok det mest restriktive regelsettet, sammenlignet med andre spesiallover.

Fireårsregelen i § 14-9 (5) andre og tredje punktum ble opprinnelig foreslått i kombinasjon med en utvidelse av adgangen til midlertidig ansettelse i 2004-2005. Forslaget om å åpne for en generell adgang til midlertidig ansettelse uten nærmere vilkår i inntil ett år⁸, ble imidlertid ikke vedtatt. Departementet fant imidlertid at selv uten en slik generell adgang til midlertidig ansettelse, var det behov for å tidsbegrense

⁷ Rt 2009 s. 578

⁸ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005)

adgangen til midlertidige ansettelse. Fireårsregelen ble derfor innført for å unngå særlig langvarige midlertidige ansettelsesforhold.

§14-9 første punktum angir hovedregelen som er fast ansettelse, mens andre punktum gir adgang til midlertidig ansettelse etter bokstav a til e. §14-9(5) hjemler fast ansettelse for arbeidstakere som har vært midlertidig ansatt etter bokstav a og/eller b i mer enn fire år sammenhengende, og begrenser derfor arbeidsgivers adgang til utstrakt bruk av midlertidige ansettelser. Fireårsregelens anvendelsesområde er etter ordlyden begrenset til å gjelde midlertidige stillinger opprettet på grunn av at arbeidets karakter tilsier det, og som skiller seg fra det som ordinært utføres i virksomheten, samt for vikariater.

Ordlyden i paragrafens femte ledd lyder slik:

“Midlertidige arbeidsavtaler opphører ved det avtalte tidsrommets utløp, eller når det bestemte arbeidet er avsluttet, med mindre noe annet er skriftlig avtalt eller fastsatt i tariffavtale. Arbeidstaker som har vært sammenhengende midlertidig ansatt i mer enn fire år etter første ledd bokstav a og b, skal anses som fast ansatt slik at reglene om oppsigelse av arbeidsforhold kommer til anvendelse. Ved beregning av ansettelsestid etter andre punktum skal det ikke gjøres fradrag for arbeidstakers fravær.”

Det følger av bestemmelsens første punktum at midlertidige arbeidsavtaler opphører uten videre, enten ved et avtalt tidspunkt eller når det bestemte arbeidet er avsluttet.

Temaet for denne fremstillingen er de ansettelsesforholdene som vedvarer ut over fire år, altså paragrafens andre og tredje punktum.

De rettslige konsekvensene av at merket passerer er altså fast ansettelse; det er her verdt å merke seg at det ikke er et vilkår at arbeidstakeren *krever* det. En naturlig forståelse av ordlyden innebærer at den ansatte automatisk oppnår ordinært stillingsvern etter aml. kapittel 15 om opphør av arbeidsforhold.

Det følger videre av ordlyden at det ved beregningen av ansettelsestid ikke skal gjøres fradrag for arbeidstakers fravær. Fradragsregelen i siste punktum kommer jeg tilbake til under punkt 4.3.

Loven gir imidlertid liten veiledning når det gjelder andre rettsvirkninger av at fireårsmerket passerer, foruten at reglene om oppsigelse kommer til anvendelse. Det samme gjelder

problemene rundt opptjeningen. Loven har derfor relativt begrenset vekt som rettskildefaktor. Forarbeidenes uttalelser om hensynet bak midlertidige ansettelse vil derimot ha større vekt, selv om de på sin side igjen henviser til de momenter domstolene har trukket opp. Kravet til ”sammenhengende” ansettelsesforhold er derimot inngående drøftet i forarbeidene, dette kommer jeg tilbake til under punkt 4.

Det var opprinnelig ikke angitt hvem fireårsregelen fikk virkning for, dette ble det vedtatt å endre, og lovendringen trådte i kraft 1.januar 2010. Det følger nå klart av ordlyden at det kun er opptjening etter bokstav a og b som skal inngå i beregningen av ansettelsestiden. Annet midlertidig arbeid skal ikke regnes med, verken når arbeidstakeren har slikt arbeid ved utløpet av fireårsperioden, eller hvis han/ hun tidligere i arbeidsforholdet har hatt slikt arbeid. I det følgende vil det bli gjort redegjort for hvem som omfattes av bokstav a og b.

2.1.1 Kort om bokstav a) såkalte prosjekter

Problemstillingen er langt på vei et spørsmål om hvem som omfattes av bokstav a og b i §14-9. Det vil derfor være relevant for fremstillingen å redegjøre for enkelte av de tolkningsspørsmål som ordlyden i §14-9 reiser. Det følger av ordlyden at lovens vilkår må være oppfylt sammenhengende i mer enn fire år for at fireårsregelen i femte ledd kommer til anvendelse.

” 1) (...)Avtale om midlertidig ansettelse kan likevel inngås:

a) når arbeidets karakter tilsier det og arbeidet atskiller seg fra det som ordinært utføres i virksomheten,”

En midlertidig ansettelse etter bokstav a forutsetter at arbeidsforholdet avtales for et bestemt oppdrag eller for en bestemt tidsperiode. Det såkalte prosjektet må være *tidsavgrenset*. Begrepet ”arbeidets karakter” ble tatt inn i loven i 1977 og ble videreført i den nye aml. uten materielle endringer. Bestemmelsen omtales ofte som en generell bestemmelse, fordi den åpner for midlertidige ansettelse ved tidsavgrensede oppdrag, arbeidstopper, sesongarbeid osv. At det må

være et behov for midlertidighet, og ikke et permanent behov, støttes av forarbeidene.⁹

En ordlydsfortolkning av begrepet ”arbeidets karakter” gir ikke mye. Det er vanskelig å definere hva som etter en normal språklig forståelse ligger i vilkåret. Ordlyden gir

inntrykk av at det er to kumulative vilkår som må være oppfylt. Det vil si at både arbeidets karakter må tilsi det, og at arbeidet må atskille seg fra det som ordinært utføres.

Det avgjørende etter forarbeidene er ”*om det arbeid som arbeidstakeren skal utføre etter sin art atskiller seg klart fra det arbeid som ordinært utføres av slike bedrifter*”. Dette taler for at ”*atskiller seg fra det som ordinært utføres*” ikke er et tilleggsvilkår, men en presisering av ”*arbeidets karakter*”. Til tross for uttalelsene i forarbeidene, er det i praksis lagt til grunn at dette er et av flere vurderingsmomenter med relativ vekt. I Minerydder-dommen¹⁰ konkluderte Høyesterett med at bestemmelsen ikke oppstiller et absolutt vilkår om at arbeidsoppgavene må adskille seg fra det som ordinært utføres i virksomheten. Dommen illustrer at selv om minerydding er innenfor de ordinære arbeidsoppgavene til Norsk Folkehjelp, kan resultatet likevel bli at ansettelsen anses gyldig etter en samlet vurdering. Avgjørelsen er nærmest i strid med lovens ordlyd, forarbeider og formål. At Høyesterett begrunner sine standpunkt med at arbeidsforholdene er så *spesielle* at *det* gir adgang til midlertidig ansettelse, har neppe dekning i alminnelige tolkningsprinsipper. Dommen slår derfor fast at markerte forskjeller i arbeidsmengde også ”*atskiller seg fra det som ordinært utføres i virksomheten*”.

Forarbeidene åpner videre for at bestemmelsen omfatter sesongarbeid, selv om dette er et behov som oppstår årlig. ”*Arbeidets karakter*” er i disse tilfellene ofte av slik art at det ikke er mulighet til å jobbe andre deler av året, selv om det ligger innenfor det som utføres ordinært i virksomheten.

Ved en helhetsvurdering må man se på hvilke hensyn som taler for midlertidighet. Er det nødvendig med en tidsavgrenset ansettelse? Dersom gode grunner taler for midlertidig ansettelse, kan tidsaspektet settes til side. Ved lengre ansettelsesforhold har derimot varigheten blitt tillagt vekt i rettspraksis, men at oppdraget tok lengre tid en forventet vil normalt aksepteres. Det bør også vektlegges at formålet med bestemmelsen er å hindre omgåelse av

⁹ Ot.prp. nr. 24 (2005-2006) s. 4

¹⁰ Rt. 2001 s. 1413

stillingsvernsreglene. Det kan heller ikke avtales midlertidig ansettelse i strid med reglene i § 14-9, dette følger av ufravikelighetsreglene i § 1-9.

Tilkallingshjelp er ofte brukt som stillingsbetegnelser, men er ikke omtalt i ordlyden. Det må derfor vurderes konkret i hvert tilfelle om ansettelsesforholdet kan hjemles i § 14-9 (1) a eller b. Ved en ordlydsfortolkning av unntaksbestemmelser bør vurderingen være streng. Dette støttes av forarbeidene¹¹, hvor bruk av ekstrahjelp for å dekke et permanent behov kritiseres: *”heller ikke en generell usikkerhet om arbeidskraftbehovet vil være nok til å tilsette midlertidig i disse tilfellene.”* Bruk av denne typen midlertidig ansettelser forutsetter at det oppstår et behov for personell som virksomheten ikke har mulighet til å forutse eller planlegge. Det må imidlertid skilles mellom avtaler om tilkalling og deltidsansatte. Deltidsansatte dekker ikke et midlertidig behov, og omfattes ikke av bestemmelsen. Videre får loven anvendelse i de situasjoner hvor ingen av søkerne til en utlyst stilling oppfyller kvalifikasjonskravene, og en av de andre søkerne blir ansatt midlertidig.¹²

Selv om ordlyden legger opp til en skjønnsmessig vurdering, er det noen klare momenter som kan utledes av rettspraksis. Arbeidet må ha et tids**begrenset** preg, og varigheten av oppdraget må tillegges betydning. Lange eller gjentatte oppdrag taler for et permanent behov, og at arbeidet derfor er av ordinær art. Å være ansatt i flere like prosjekter, kan tale for at det ikke er snakk om et midlertidig behov. Budsjettmessige forhold er ikke tilstrekkelig til å begrunne midlertidig ansettelse, heller ikke omorganisering.

Hvorvidt behovet for arbeidskraft er stabilt og påregnelig for arbeidsgiver bør også være med i vurderingen.

Avslutningsvis kan det derfor sies at omfang, hyppighet og stabilitet mellom partene er momenter som må vektlegges i vurderingen om lovens vilkår for midlertidig ansettelse er oppfylt. Dette åpner imidlertid for at flere arbeidsforhold sees i sammenheng.

¹¹ Ot.prp. nr. 50 (1993-1994) s. 179

¹² Borgerud m.fl (2007) s. 249

2.1.2 Kort om bokstav b) vikariater

§14-9 bokstav b) hjemler adgang til å inngå avtale om midlertidig ansettelse:

”b) (...) for arbeid i stedet for en annen eller andre (vikariat)”.

Etter ordlyden må det foreligge et reelt vikarforhold, og den man vikarierer for må være midlertidig fraværende. Eksempelvis kan det nevnes de tilfeller hvor man vikarierer for noen i fødselspermisjon. Det er ikke et krav at vikariatets lengde fastsettes på forhånd, eller at den fraværende er navngitt.

Dette illustreres av Ambulansedommen¹³, hvor Høyesterett kom til at den ansatte over lengre tid hadde fylt et generelt stort vikarbehov og derfor måtte omfattes av de vanlige reglene om oppsigelse. Arbeidsgiveren anførte i denne saken at de særlige omstendigheter i helsevesenet tilsa økt adgang til midlertidige ansettelser, og at dette var fast praksis i helsevesenet. Dette førte ikke frem. Høyesterett uttalte dette i dommens avsnitt 42:

”Heller ikke en eventuell utbredt praksis i ambulansetjenesten mer generelt kan etter min mening slå gjennom overfor det ønske om stillingsvern for arbeidstakere som ligger bak arbeidsmiljølovens regler. Og det kan ikke være avgjørende at det ikke er tale om noe bevisst forsøk på omgåelse fra arbeidsgiverens side.”

På bakgrunn av dette kan det slås fast at muligheten for å betegne stillinger som vikariater selv om arbeidsgiver kan påregne et stort fravær, er begrenset. Forutsetningen er at den midlertidige ansatte trer inn for en eller flere andre som enten er syke, har ferie eller er i permisjon. I utgangspunktet er det lovlig å fornye vikariatet når det forrige er over, men flere gjentatte vikariater taler derimot for et konstant vikarbehov som bør dekkes ved økt grunnbemanning.

¹³ Rt. 2006 side 1158

3 Fokus på rettskildemessige spørsmål

3.1 Innledning

I norsk rett er rettskildene sparsomme på rettsvirkningene av at fireårsregelen kommer til anvendelse. Det er ikke mye å hente verken i lovgivning eller forarbeidene. Domstolene må derfor i større grad benytte skjønnsmessige vurderinger.

Fireårsregelen er lovfestet, men har også en parallell i den ulovfestede læren. Selv om oppgaven hovedsakelig tar utgangspunkt i den lovfestede regelen, vil det kunne ha en viss overføringsverdi å se hvilke rettsvirkninger Høyesterett har lagt til grunn etter den ulovfestede læren. De standpunkt Høyesterett har tatt før fireårsregelen trådte i kraft, har bidratt til å klargjøre behovet for regulering. Det er ikke mulig verken for lovgiver eller domstolene å fastsette et allment nivå for hvor omfattende vikarbruken kan være. Man må derfor benytte Høyesteretts uttalelser som veiledning. Det er et prinsipp i norsk rett at like tilfeller skal bedømmes likt. Dette taler for at prinsipielle uttalelser i lignende saker bør få betydning selv om de bygger på såkalt ”ulovfestet rett”. Likhet i faktum er derfor et argument for å følge en tidligere avgjørelse, selv om avgjørelsen ikke bygger på samme lovhjemmel. Temaet i det følgende vil bli hvordan rettsfølgene gjør seg gjeldende i andre kilder enn selve lovteksten.

3.2 ”Den ulovfestede læren”

Læren er primært utviklet i praksis, og går ut på at den ansatte kan kreve fast stilling også før fire år er gått. I saker hvor det oppstår tvist om hvorvidt den ansatte har krav på fast ansettelse etter fireårsregelen, kan det derfor være relevant å se om den ansatte også kan ha rettigheter etter den ulovfestede læren. Den såkalte ulovfestede læren og fireårsregelen i aml. § 14-9 (5) er i utgangspunktet to forskjellige rettsgrunnlag, som begge hjemler retten til fast ansettelse ved midlertidig ansettelse. Læren ble først introdusert i Statfjord-dommen¹⁴, videreført i Ambulanse-dommen og senere stadfestet i Sykehuset Innlandet- dommen. I sistnevnte dom

¹⁴ Rt 1989 s. 1116

gjorde arbeidstakeren gjeldende begge rettsgrunnlagene som grunnlag for sitt krav. I dommens avsnitt 46 uttalte Høyesterett dette om den ulovfestede lærens rettskildemessige vekt:

”(...)det kan reises spørsmål om den ulovfestede lære har mistet sitt rasjonale etter innføringen av bestemmelsen”.

Forarbeidene til aml. gir heller ikke svar på hvilken betydning den ulovfestede læren har i forhold til fireårsregelen. Det må derfor legges til grunn at lovgiver åpner for at læren fortsatt kan gi grunnlag for fast ansettelse før fire år er gått.

De to dommene som danner grunnlaget for den ulovfestede læren ble avsagt forut for ikrafttreddelsen av fireårsregelen i aml., og man bør derfor være varsom med å tillegge uttalelser fra den tidligere rettstilstanden for mye vekt. Det kan likevel være av betydning for avhandlingen å se på rettspraksis fra før bestemmelsen trådte i kraft, ved forståelsen av fireårsregelen i § 14-9 (5).

For å ha rett på fast stilling etter den ulovfestede læren, er varigheten ikke et avgjørende moment slik det er etter den lovfestede fireårsregelen. Arbeidsforholdet må derfor vurderes i lys av de retningslinjer Høyesterett har trukket opp. For det første må det foreligge et varig og fast behov for vikarer i typisk større virksomheter. I Ambulansedommen ble det pekt på at virksomheten hadde rundt 200 årsverk, og ble av Høyesterett ansett som en typisk ”større virksomhet”. Det er videre et vilkår at grunnbemanningen i bedriften må kunne økes, uten vesentlig ulempe for bedriften. Det må også være en nærhet mellom arbeidstakeren og det arbeid som utføres.

I Statfjord-dommen ble det pekt på at den midlertidig ansatte *”fast, og over lang tid, hadde fylt et generelt, stort vikarbehov for bedriften”*¹⁵, og at det ikke forelå særegne forhold som tilsa at dette arbeidskraftbehovet måtte dekkes av vikar uten fast ansettelse.

Av praksis kan det altså utledes et krav om at det må være snakk om et *varig behov* for arbeidskraft som dekkes ved gjentatte *vikariater*.

Når det gjelder den ulovfestede lærens anvendelsesområde, er dette noe uklart. I relevant praksis er det ingen tilfeller hvor den har blitt benyttet på ansettelser etter § 14-9 bokstav a. I de

¹⁵ Rt 1989 s. 1116 på s. 1122

overnevnte dommene har det vært ansettelse etter bokstav b. Dette taler for at læren også får anvendelse på midlertidig ansettelse etter tjml. § 3 nr. 2 bokstav c.

Selv om anvendelsesområdet for den lovfestede fireårsregelen nå fremgår klart av ordlyden, er det fortsatt ikke avklart hvem den ulovfestede læren gjelder for. Av praksis kan man imidlertid utlede at den gjelder primært for vikarer.

Avslutningsvis kan det sies at de to regelsettene fungerer parallelt, men at den ulovfestede læren åpner for å kreve fast stilling før fire år er gått, slik tilfellet var i Statfjorddommen. Heller ikke den ulovfestede læren gir svar på hva rettsvirkningene av at man anses fast ansatt er. På bakgrunn av Høyesteretts uttalelser i praksis og lovgivers uttalelser i forarbeidene, er det nå klart at den ulovfestede læren fortsatt er ment å skulle gjelde etter vedtakelsen av § 14-9 (5).

3.3 EUs rådsdirektiv om midlertidige ansettelse

Norge er gjennom EØS-avtalen bundet av et EU-direktiv om midlertidig ansettelse. Norge er derfor forpliktet til å følge de instruksjoner som blir gitt av EU på dette området. EØS-avtalen skal gi fri flyt av varer, tjenester, personer og kapital over landegrensene i EU og EØS, også kalt ”de fire friheter”. Det følger av EØS-loven § 2 at ”*Bestemmelser i lov som tjener til å oppfylle Norges forpliktelser etter avtalen, skal i tilfelle konflikt gå foran andre bestemmelser som regulerer samme forhold.*”

I likhet med norsk rett, er hovedregelen etter EU-retten fast ansettelse. Det følger imidlertid av EU- rådsdirektiv¹⁶ at det er en viss adgang til midlertidige ansettelse, men at medlemslandene er forpliktet til å følge noen minstekrav. Da direktivet ble implementert i norsk rett,¹⁷ ble det slått fast at aml. § 58a, någjeldende § 14-9, tilfredsstilte direktivets minstekrav.

Direktivet er basert på en rammeavtale, og fastsetter generelle prinsipper om minstekrav til midlertidige ansettelse. Det overordnede formålet er å forhindre misbruk av flere påfølgende midlertidige arbeidsforhold. Dette følger av artikkel 1 i direktivet.

¹⁶ Rådsdirektiv 1999/70/EF

¹⁷ Ot.prp.nr.64 (2001-2002)

Departementet foreslo allerede i 1992 en maksgrense for midlertidig tilsetting, men valgte å ikke fremme forslag i påvente av tilpasning til et eventuelt EØS-regelverk ¹⁸.

EUs arbeid med forbedring av arbeidstakernes arbeidsvilkår skyldes etableringen av det indre marked. Det indre marked bygger på prinsipper om konkurranse på like vilkår, og åpner for at bedrifter kan hente arbeidskraft fra andre land.

Artikkel 5 pålegger medlemslandene å treffe tiltak for å hindre misbruk av midlertidige ansettelser. Et av alternativene er å innføre nasjonale regler som angir ”*den maksimale samlede varigheten av de gjentatte midlertidige arbeidsavtalene eller ansettelsesforholdene*” ¹⁹.

Ved tolking av fireårsregelen i § 14-9 (5) kan det derfor legges til grunn at den er i samsvar med EU-direktivet.

3.4 Tjenestemannsloven

Arbeidsmiljølovens regler om midlertidig tilsetting omfatter ikke arbeidstakere i staten.

Det er tjenestemannsloven som gjelder ”*for enhver tilsatt i statens tjeneste*”, jfr. § 1.

Adgangen til midlertidig tilsetting for statens tjenestemenn er regulert i tjml. § 3, og i forskrift til lov om statens tjenestemenn ²⁰.

Som nevnt innledningsvis, var innføringen av fireårsregelen opprinnelig et ønske om harmonisering av reglene i aml. og tjml ²¹. En lignende regel har lenge eksistert i tjml. regler om oppsigelsesvern, jfr. §§ 9 og 10 nr. 1. Disse reglene var bakgrunnen for at det ble foreslått en regel om maksimal lengde for midlertidig tilsetting i aml. Det oppsigelsesvern man oppnår etter fireårsregelen i aml., er forholdsvis likt det oppsigelsesvern man oppnår etter fire års sammenhengende midlertidig tilsetting etter tjml. Oppsigelsesfristene er imidlertid ulike.

¹⁸ Ot.prp.nr 50 (1993-1994) side 180 og 168

¹⁹ Rådsdirektiv 1999/70/EF, klausul 5 nr 1. bokstav b

²⁰ Forskrift av 11.november 1983 nr. 1608

²¹ Nou 2004:5 side 303 og Ot.prp.nr.49 (2004-2005) side 218

Når det gjelder beregning av opptjeningstid, er det videre adgang til å legge sammen flere ulike stillinger etter tjml. Departementet har i sin tolkning av regelen lagt til grunn at midlertidig ansettelse i åremålsstillinger eller utdanningsstillinger gir opptjening såfremt tjenestemannen går direkte over til annen midlertidig stilling, for eksempel vikariat. Det er altså tilstrekkelig etter tjml. at tjenestemannen på ”*innslagstidspunktet*” har en annen midlertidig stilling enn åremålsstilling eller utdanningsstilling.²² Det er imidlertid et vilkår at tjenestetiden må være avtjent i samme ”*virksomhet*”.

Tjml. skiller mellom oppsigelsesvern før og etter fire års midlertidig tilsetting. Før fire år kreves saklig grunn for oppsigelse, jfr. § 9. Etter fire år har man seks måneders oppsigelsesfrist når stillingen inndras eller faller bort, jfr. § 10 nr. 1.

Det er altså et tilsvarende krav til ”mer enn fire års sammenhengende” tjeneste/ tilsetting i aml. og tjml. Etter aml. har den ansatte ikke stillingsvern før fire år er gått, og oppnår det først etter fire år. Ansatte etter tjml. har derimot et svakt stillingsvern før fire år er gått, og oppnår et sterkere vern når fire år passerer.

Det følger av tjml. § 10 (1) at en tjenestemann med mer enn fire års sammenhengende midlertidig tilsetting har rett til fast stilling. Dersom arbeidsgiveren konstruerer et opphold i tilsettingsforholdet, utelukkende for å unngå at den ansatte skal oppnå et slikt styrket stillingsvern, kan tjenestetiden likevel anses som ”sammenhengende”. Dette omtales i teorien som ”lufting av tjenestemenn”²³. Det samme gjelder dersom tilsettingsforholdet blir avsluttet, for å i realiteten unngå det sterke stillingsvernet. En slik begrunnelse for ikke å fornye tilsettingsforholdet, vil være usaklig, dersom arbeidsoppgavene fortsetter og det er midler til videre tilsetting.

I disse tilfellene må man se på begrunnelsen for oppsigelsen, og se om det virkelig er behov for å kutte ned bemanningen.

De to regelsettene er tilsynelatende like når det kommer til stillingsvern etter fire års sammenhengende midlertidig ansettelse. Gode grunner taler derfor for å legge praksis etter tjml. til grunn, ved like tilfeller hvor fireårsregelen i aml. får anvendelse. Slike

²² Ot.prp.nr.72 (1981-1982) s. 23

²³ Bjørnaraa m.fl. (2000) s. 332

analogiske slutninger skaper sammenheng i regelverket, og forutsigbarhet for arbeidstakeren.

I Sykehuset Innlandet-saken anførte arbeidstakeren (A) i avsnitt 30 at *“fireårsregelen er i tråd med prinsippene i tjenestemannsloven, jf. blant annet proposisjonen side 218. Det er sikker praksis etter tjenestemannsloven § 3, § 9 og § 10 at status på fratredelses- eller oppsigelsestidspunktet regulerer fratredelsesvilkårene (...)”*. Ankemotparten mente derfor det ville være naturlig å legge til grunn den samme praksis i den foreliggende sak, siden aml. lovtekst ikke er klar på dette punktet.

Høyesterett uttalte til dette at slik bestemmelsene står nå, i hvert sitt regelsett, kan det ikke uten videre legges til grunn at de skal forstås på samme måte. Høyesterett henviste videre til forarbeidene, som heller ikke gir ikke holdepunkter for at § 14-9 på alle punkter skal forstås på samme måte som reglene i tjenestemannsloven.

3.5 Forarbeider

Adgangen til midlertidig tilsetting har som nevnt vært et omstridt spørsmål på det politiske plan. Lovens forarbeider bærer preg av dette, og er til dels lite tilgjengelige. Den politiske uenigheten rundt temaet, kan igjen føre til at domstolene er varsomme med å vektlegge uttalelsene i forarbeidene. Det er mindre betenkelig å legge til grunn et standpunkt som det ikke er uenighet om.

Bakgrunnen for fireårsregelen i den nye aml. (2006) var opprinnelig et lovforslag fra Bondevik II regjeringen²⁴. Etter regjeringsskifte i 2005 fremmet Stoltenberg II nytt forslag²⁵, som det endelige lovvedtaket bygger på. Endringene i etterkant av regjeringsskiftet innebar ingen endringer i realiteten for fireårsregelen. Uttalelser i forarbeidene til den opprinnelige lovteksten er derfor fortsatt relevante.

Det følger av Bondevik II regjeringens lovforslag at det var nødvendig med en revisjon av aml. for å tilpasse regelverket til de store endringer som har skjedd i arbeidslivet i Norge siden 1977

²⁴ Ot.prp.nr 49 (2004-2005)

²⁵ Ot.prp.nr 24 (2005-2006)

²⁶. Arbeid er et grunnleggende velferdsgode og målsetningen med lovendringen var å skape et inkluderende arbeidsliv for den enkelte.

På side 16 i Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) om "*veien til fast ansettelse*", er det fremhevet at det overordnede målet er å få så mange som mulig i faste stillinger.

Disse uttalelsene stammer fra det opprinnelige lovforslaget, og det må derfor vurderes hvilken betydning de har som rettskilde ved tolkning av loven. Lovgivningsprosessen frem mot den endelig vedtatte aml. har vært preget av flere korrigeringer underveis. Dette skyldes nok at de ulike aktørene i prosessen tillegges ulik betydning. Ved motstrid mellom uttalelser i dokumenter fra ulike trinn i prosessen, vil man vanligvis tillegge de seneste dokumentene størst vekt. Jo nærmere vedtakelsen av Stortinget, desto større vekt. Hvilken vekt man skal tillegge uttalelsene må likevel vurderes ut fra årsaken til den eventuelle motstriden og hvor gjennomtenkte uttalelsene virker. Uttalelser som er preget av politisk strid, vil man derfor tillegge mindre vekt. Dette kan etter min mening i noen grad være tilfelle når det gjelder aml. Dersom Stortinget ikke har fulgt opp forslagene, eller bevisst har valgt en annen løsning, taler det for å tillegge uttalelser fra komitéen og departementet mindre rettskildemessig vekt.

Det fremgår videre av de opprinnelige forarbeidene at midlertidige ansettelser er uegnet til langvarige ansettelsesforhold, men en nyttig inngangsport til arbeidslivet. Dette taler for at adgangen bør være tidsavgrenset. I tillegg fremgår det at reglene bør være like for alle og at det ikke bør utgjøre en forskjell om man er ansatt i staten eller i privat sektor. ²⁷

Ved endringslov (2008-2009)²⁸ ble ordlyden endret for å klargjøre fireårsregelens virkeområde. § 14-9 (5) annet punktum ble da tilføyd at bestemmelsen gjelder for ansettelser etter bokstav a og b. Disse endringene medførte ingen realitetsendring. Videre klargjøres rettsvirkningen av at fireårsregelen kommer til anvendelse, at arbeidstakeren anses fast ansatt. Heller ikke dette er en realitetsendring. ²⁹

²⁶ Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s. 14

²⁷ Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s.16

²⁸ Ot.prp.nr.54 (2008-2009)

²⁹ Ot.prp.nr.54 (2008-2009) s.85

Det fremgår av forarbeidene at bestemmelsen ikke regulerer det nærmere innhold i den faste ansettelsen, for eksempel hvilken stilling eller stillingsbrøk arbeidstakeren anses fast ansatt i. Departementet sier om dette: ”*Dette må som i dag bero på en konkret vurdering, som domstolene eventuelt må ta stilling til*”³⁰.

Hvilke vurderinger domstolene har lagt til grunn vil jeg belyse i neste punkt.

I den videre fremstillingen vil det bli henvist fortløpende til forarbeidene i den grad det vil være relevant under hvert punkt.

3.6 Praksis

Det bør her skilles mellom rettspraksis før og etter fireårsregelens ikrafttredelse. De avgjørelser som ble avsagt før ikrafttredelsen, og som er relevant for fremstillingen, er behandlet under punktet om den ”ulovfestede læren”. Det foreligger imidlertid, etter det jeg vet, langt mindre praksis i tiden etter at bestemmelsen trådte ikraft.

Det foreligger en god del praksis om adgangen til midlertidige ansettelser generelt, og gyldigheten av disse. Når det gjelder anvendelse og rettsvirkninger av fireårsregelen er det imidlertid bare én høyesterettsdom, Sykehuset Innlandet-dommen³¹, som har drøftet dette inngående. Hvorvidt dette får betydning for eksisterende dommer, er vanskelig å si. Det kan argumenteres for at manglende høyestetsavgjørelser taler for å vektlegge eventuelle underrettsdommer, og forvaltningspraksis, i større grad enn ellers. At det er henvist til praksis fra lagmannsretten i forarbeidene til loven³², støtter et slikt synspunkt. Lagmannsrettsdommen som det er vist til, er den nevnte Sykehuset Innlandet-saken. Lagmannsretten fant at arbeidstakeren hadde krav på fast ansettelse etter fireårsregelen, og satte stillingsprosenten til 50 prosent. I forarbeidene uttalte departementet følgende på side 45:

“Det kan synes som et naturlig utgangspunkt å vurdere hvilken stillingsbrøk arbeidstaker gjennomsnittlig har arbeidet i, slik at det foretas en form for gjennomsnittsberegning. Det er en slik betraktning domstolen så langt har lagt seg på, noe som etter departementet vurdering kan

³⁰ Ot.prp.nr.54 (2008-2009) s.85

³¹ Rt. 2009 side 578

³² Ot.prp.nr.54 (2008/2009) s. 45 pkt. 6.1.5

synes hensiktsmessig.” Disse uttalelser fører til at uttalelser i en underrett, som man ellers ville være varsom med å begrunne et tolkningsresultat med, nærmest blir lagt til grunn for en rettsregel.

Sykehuset Innlandet- saken ble anket til Høyesterett, hvor resultatet ble at arbeidstakeren ikke hadde krav på fast ansettelse. Saken omhandlet en hjelpepleier (A), som fra 2001 til 2007 hadde flere midlertidige ansettelsesforhold ved ulike poster ved sykehusets divisjon for psykisk helsevern.

I oktober 2006 gjorde A gjeldende at han hadde fast stilling ved sykehuset, men arbeidsgiveren var uenig i dette. Høyesterett kom til at A verken hadde krav på fast stilling etter fireårsregelen eller den ulovfestede læren om ulovlig midlertidig ansettelse ved varig vikarbehov.

A var først ansatt som hospitant på arbeidsmarkedstiltak, deretter var han ekstravakt og fast vikar, før han ifølge arbeidsgiveren jobbet i praksisarbeid frem til han ble sykemeldt i november 2006. Arbeidsgiveren anførte at det kun var vikar-og ekstravaktarbeidet som gikk inn i beregningen av fireårsperioden.

A på sin side mente at ansettelsestiden etter bokstav c og d skulle inngå i beregningen av samlet ansettelsestid, da bestemmelsen etter sin ordlyd kun medfører at arbeidstakere som på innslagstidspunktet for fireårsregelen er ansatt etter disse alternativene faller utenfor.

Høyesterett tok i dommens avsnitt 62 avstand fra en slik fortolkning av bestemmelsens ordlyd, og kom på bakgrunn av uttalelser i forarbeidene³³ til at bestemmelsen utelukkende kommer til anvendelse på midlertidige ansettelsesforhold etter bokstav a og b.

I perioden A var ansatt i arbeidsmarkedstiltak og i praksisarbeid, tok han ekstravakter ved siden av. I tillegg til stillingen som hospitant jobbet han også overtid.

Det var derfor avgjørende om ekstravaktene og overtidsarbeidet skulle anses som en del av hospitantstillingen og praksistillingen, eller om overtiden og ekstravaktarbeidet kunne gi selvstendig opptjening til fireårsregelen ved at A for dette var å anse som vikar.

På sykemeldingstidspunktet hadde A i tre år og syv måneder vært i sammenhengende midlertidig arbeid ved sykehuset, som etter høyesteretts syn kvalifiserte til opptjening.

Det avgjørende var derfor om sykefraværet skulle fradras i beregningen av ansettelsestiden, og

³³ Ot.prp.nr. 54 (2008-2009) s.43

dette ble av avgjørende betydning for om A hadde rett til fast stilling.

Fradrag var den gang ikke regulert i ordlyden. Flertallet kom imidlertid til at sykefravær av en viss lengde skal gå i fradrag, på grunnlag av uttalelser om dette i fireårsregelens forarbeider³⁴. I avsnitt 92 og 93 i dommen påpeker Høyesterett at det i forarbeidene står ordrett at *“fravær blant annet i form av sykdom normalt skal gå til fradrag ved beregningen av ansettelsesforholdets lengde.”*

At det endelige lovvedtaket ikke bygger på de opprinnelige forarbeidenes intensjoner, bør etter Høyesteretts mening *“ikke svekke rettskildevekten av de nevnte forarbeidene.”* Fradragsspørsmålet behandles ytterligere i punkt 4.

Dommen er relevant for oppgaven, i den grad den tar opp problemene rundt opptjeningen i forhold til § 14-9 (5). I lys av resultatet, er det derimot lite å hente angående hvilke rettsvirkninger som følger av fireårsregelen. At dommen er avsagt med dissens på 3 mot 2 stemmer, viser at det er et omstridt tema. Avgjørelsen er heller ikke kommentert i teorien ennå, noe som kunne gitt den større tyngde som rettskilde.

3.7 En oppsummering av rettskildesituasjonen

Lovgiver ga i forbindelse med vedtakelsen av den nye § 14-9 (5) ikke noen klare svar på hvilke rettsvirkninger bestemmelsen skulle få, foruten fast ansettelse. Det kan synes som om det var et bevisst valg å overlate dette til domstolene. Noe klart svar på spørsmålet har lovgiver heller ikke gitt i forarbeidene. Så langt er det rettspraksis som har gitt de klareste holdepunktene for hvilke rettsvirkninger som inntreffer.

At verken lovgiver eller domstolene gir noe klart svar, kan ha sammenheng med at loven er forholdsvis ny. Det kan tenkes at eksistensen av en slik regel har vist seg å fungere preventivt, og at det derfor ikke vil være et problem i praksis at rettsvirkningene ikke er gjort rede for. Et annet alternativ er at lovgiver avventer, for å se hvor det er behov for ytterligere klargjøringer.

³⁴ Nou 2004:5 s. 562

I forarbeidene³⁵ til fireårsregelen er det vist til uttalelser fra lagmannsretten i forbindelse med Sykehuset Innlandet saken³⁶. At departementet støtter resultatet av en ikke rettskraftig underrettsdom, tyder på at departementet selv er rådvillig når det kommer til rettsvirkningene. At Høyesterett senere kom til et annet resultat, skaper rettskildemessige problemer.

4 Problemer rundt opptjeningen

4.1 Innledning

Kravet om sammenhengende midlertidig ansettelse i mer enn fire år må være oppfylt for at fireårsregelen i § 14-9 (5) skal komme til anvendelse. Det vil derfor være relevant i forhold til oppgaven å se nærmere på lovens vilkår. Det er ansettelsesforholdet som er grunnlaget for beregning av ansettelsestid, og flere midlertidige ansettelser kan vurderes samlet. Dette gjelder likevel bare ansettelser med hjemmelsgrunnlag i § 14-9 (1) bokstav a og b. Lovens vilkår ”*mer enn fire år*” er strengt, og perioden for opptjening til fireårsregelen regnes fra dato til dato. For å finne ut om fireårsregelen kommer til anvendelse, må det derfor skilles mellom hva som skal regnes med, hva som avbryter fireårsperioden, og hva som skal komme til fradrag uten å anses som et brudd på fristen (pause).

I forarbeidene³⁷ omtales kravet til ”*sammenhengende*” som et krav om at ansettelsesforholdet skal være uavbrutt. Det fremgår videre at mindre avbrudd mellom to midlertidige arbeidsforhold må kunne aksepteres. Det vil bero på en totalvurdering av ansettelsesforholdet og begrunnelsen for avbruddet, om kravet til ”sammenheng” er oppfylt eller ikke. Lovgiver legger også her opp til at dette er en vurdering som må foretas av domstolene.

³⁵ Ot.prp. nr. 54 (2008-2009)

³⁶ LE-2008-32879

³⁷ Ot.prp.nr.12 (2003-2004) s. 21

Utgangspunktet i forarbeidene³⁸ er at arbeidsforholdet ikke lenger anses sammenhengende, ved virksomhetsrelaterte avbrudd i ”mer enn 14 dager”. Videre er det i forarbeidene vist til praksis etter tjml. for kravet til sammenheng, siden dette kravet er tilsvarende i de to lovene.

14-dagersregelen støttes også i folketrygdlovens regler og forarbeider. Her er det lagt til grunn at retten til sykepenger opphører ved avbrudd i arbeidsforholdet på mer enn 14 dager.

I tilsvarende bestemmelse i tjml. er det et krav om ”sammenhengende tjeneste” for å oppnå stillingsvern etter fire års sammenhengende midlertidig ansettelse. Etter analogi fra folketrygdloven §3-12 nr. 2 er det også her antatt at avbrudd på mer enn 14 dager ikke skal tas med i beregningen av ansettelsestiden. Ordet ”tjeneste” refererer her til faktisk utført tjeneste, i motsetning til aml. begrep ”sammenhengende tilsetning” som synes å referere til ansettelsen. Dersom man legger ordlyden i tjml. til grunn, taler dette for at permisjoner og sykefravær ikke avbryter tjenestetiden, men skal gå i fradrag ved beregning av tjenestetidens varighet.

Det som her er nevnt om kravet til ”sammenheng” er likevel bare et utgangspunkt, og det presiseres i forarbeidene at det må foretas en totalvurdering i hvert enkelt tilfelle.

I det følgende vil jeg se på ulike momenter som kan få relevans i vurderingen.

4.2 Ikrafttredelse

Det er Kongen som bestemmer ikrafttredelsestidspunktet for loven, jfr. aml. § 20-1.

Ordlyden i § 14-9 (5) sier ingenting om hvilke ansettelsesforhold som skal regnes med i opptjeningen til fireårsregelen. Bestemmelsen får derfor ikke anvendelse for arbeidsforhold som løper på tidspunktet for ikrafttredelsen, det vil si per 1. januar 2006³⁹. Dette presiseres i foredraget til ikrafttredelsesresolusjonen:

”(...) Det presiseres i vedtaket at denne fireårsregelen ikke skal få anvendelse overfor midlertidige avtaler som løper på lovens ikrafttredelsestidspunkt. Det bemerkes i den forbindelse at ved fornyelse av en midlertidig avtale som er løpt ut etter 1. januar 2006 skal også midlertidig

³⁸ Ot.prp.nr. 12 (2003-2004) s. 21

³⁹ Allstrin, Tor m.fl (2008) s 105

ansettelsestid forut for lovens ikrafttredelse regnes med.”⁴⁰

Det bemerkes at dette er et foredrag av ansvarlig statsråd, som ikke er publisert. Den rettskildemessige vekten er derfor begrenset, men lovens verneformål tilser at presiseringen må etterleves i praksis.

Fireårsregelen får derfor ikke anvendelse for midlertidige ansettelser som løper på tidspunktet for lovens ikrafttredelse. Opptjeningen begynner derfor ikke å løpe fra 1.1.2006, men først fra det senere tidspunkt ny midlertidig ansettelsesavtale inngås eller forlenges. Ved forlengelse etter 1.1.2006 kan man derimot telle med ansettelsestiden forut for lovens ikrafttredelse ⁴¹.

4.3 Fravær som ikke kommer til fradrag

Dette er fravær som ikke avbryter opptjeningen til fireårsregelen. Hovedregelen i § 14-9 (5) slår fast at ”*ved beregningen av ansettelsestid etter andre punktum skal det ikke gjøres fradrag for arbeidstakers fravær.*”

Lovens ordlyd er i strid med de opprinnelige forarbeidene ⁴², som presiserer at ” (...)sykdom, permisjoner, militærtjeneste m.v. (...) skal normalt gå i fradrag ved beregningen av ansettelsesforholdets lengde.”

I forarbeidene bemerkes dette til endringene av tredje punktum ⁴³:

“Bestemmelsen innebærer at ikke noen type fravær skal komme til fradrag ved beregning av ansettelsestiden i forhold til fireårsregelen, forutsatt at fraværet er rettmessig.”

Lovendringen trådte i kraft 1. juli 2010, og det fremgår nå klart av lovteksten at fravær ikke skal komme til fradrag. Spørsmålet var inngående drøftet i Sykehuset Innlandet-saken, og var

⁴⁰ Kgl. res. 17.juni (2005)

⁴¹ Jakhelln/ Aune (2006) s. 715

⁴² Ot.ptp.nr. 49 (2004-2005) s. 333

⁴³ Prop.104 L (2009-2010)

avgjørende for om arbeidstakeren hadde rett til fast ansettelse. Høyesterett kom her til at sykefravær ”*av en viss lengde*” skulle gå til fradrag ved beregningen av ansettelsesforholdets lengde. I dommen ble det vist til at behovet for arbeidskraft ikke bortfaller ved at den midlertidige ansatte blir syk.

Ved beregningen er det bare fravær etter endringslovens ikrafttredelse som ikke skal fradras. Dette gjelder selv om ansettelsesforholdet løp også før ikrafttredelsen. Fravær ”*av en viss lengde*” før 1. juli 2010 skal altså fortsatt fradras.

Departementets forslag om endringer skapte imidlertid diskusjon i høringsrunden. Flere aktører på arbeidsgiversiden viste til at dette ville harmonisere dårlig med begrunnelsen for fireårsregelen. Dersom arbeidstakeren har vært mye fraværende iløpet av fireårsperioden, vil den nødvendige tilknytningen til bedriften ikke foreligge.

Departementet responderte til dette at lovgrunnen for fireårsregelen er ”*at det normalt indikerer et stabilt behov for arbeidskraft dersom en arbeidstaker har vært ansatt i en og samme virksomhet i fire år (...)*”⁴⁴. Det avgjørende etter departementets mening, er altså at virksomhetens behov for arbeidskraft vedvarer også når den ansatte blir syk eller går ut i permisjon. Selv om den ansatte er fraværende, har virksomheten fortsatt et stabilt behov for arbeidskraft. Dette harmoniserer også med lovgrunnen.

Dette synspunktet støttes også i forarbeidene til reglene om oppsigelse i aml. § 15-3 annet ledd. I Ot.prp. nr. 41 (1975-76) på side 70 er det uttrykkelig sagt at: ”*(...) fravær, for eksempel på grunn av permisjon, sykdom, forbigående driftsstans o.l. [skal] ikke komme til fradrag i tilsettingstiden, så lenge arbeidsforholdet formelt består.*”

Fra et lovteknisk synspunkt vil det være klart uheldig om begrepet ”sammenhengende ansettelse” har et ulikt innhold i de to bestemmelsene.

4.3.1 Kort om sykefravær

Problemer rundt dette er knyttet til hvorvidt hovedregelen om at det ikke skal gjøres fradrag for

⁴⁴ Prop.104L (2009-2010) s. 13

fravær, gjelder også for sykefravær. Dette ble som nevnt inngående drøftet i Sykehuset Innlandet-dommen, hvor den ansatte hadde vært sykemeldt i en lengre periode.

I Sykehuset Innlandet- dommen la Høyesterett til grunn at sykefravær skulle gå til fradrag ved opptjening til fireårsregelen. I etterkant av dommen uttalte departementet at denne avgjørelsen viste at bestemmelsen måtte presiseres ytterligere, for positivt å angi at fravær ikke skal komme til fradrag i den formelle ansettelsestiden. ”Fravær” er ikke nærmere presisert i ordlyden, og den normale forståelsen må derfor legges til grunn. Normalt sykefravær kan vare ut over 14 dager, og det avgjørende må derfor være hvorvidt arbeidsforholdet formelt består. Etter lovendringen skal altså sykefravær ikke komme til fradrag, såfremt arbeidsforholdet fortsatt formelt består. I forarbeidene ⁴⁵ ble det lagt vekt på de sterke reelle hensyn som taler for at sykefraværet ikke skal gå til fradrag ved beregning av fireårsregelen:

“Den ansatte vil ikke ha redusert behov for stillingsvern ved sykefravær. Ved fast ansettelse har arbeidstaker et særskilt vern ved sykdom. Departementet mener på denne bakgrunn at det heller ikke vil være i tråd med arbeidsmiljølovens formål at kortvarig eller langvarig sykefravær skal komme til fradrag ved beregning av fireårsregelen.”

4.3.2 Kort om permisjoner

Spørsmålet blir også her om hovedregelen gjelder for permisjoner. Det fremgår av de opprinnelige forarbeidene ⁴⁶, at ”*permisjoner og militærtjeneste med videre*” normalt skal gå i fradrag ved beregning av opptjeningen. Likestillingsombudet anførte i 2004 at dette var diskriminerende for kvinner, da disse representerer en stor del av alle permisjoner i form av fødselspermisjoner. Likestillingsombudet la dette til grunn i en avgjørelse av 23.mars 2004: *«det vil være i strid med likestillingsloven § 3 dersom man gjør fratrekk for fødselspermisjon ved beregningen av «sammenhengende tjenestetid» etter tjenestemannsloven §§ 9 og 10.»*⁴⁷ Departementet uttalte til dette at samme synspunkt må legges til grunn i forhold til fireårsregelen i arbeidsmiljøloven § 14-9 (5). Fradragsregelen følger nå av lovens ordlyd, og det

⁴⁵ Prop. 104 L (2009-2010)

⁴⁶ Ot.ptp.nr.49 (2004-2005) s. 333

⁴⁷ Brev av 23.mars 2004 fra Likestillingombudet til arbeids- og administrasjonsdepartementet i anledning sak 06/558.

er helt klart at det ikke skal gjøres fradrag for fravær i form av permisjoner, også ulønnede. Det avgjørende er også her om arbeidsforholdet formelt består.

Fravær i form av sykdom og permisjon avbryter altså ikke ansettelsesforholdet, og skal normalt regnes med ved tidsberegningen.

Det samme må antas å gjelde for permisjoner pga. pleie av pårørende eller alvorlig eller kronisk syke barn, for militærtjeneste eller for å ta offentlige verv.⁴⁸

At permisjoner, uansett grunnlag, skal fradras i beregningen av ansettelsestid etter tjml. har imidlertid skapt debatt.

Arbeids- og administrasjonsdepartementet (AAD) uttalte i sak 91/4930 at det ved forståelsen av begrepet ”sammenhengende tjeneste” i tjml. ville være naturlig å sammenligne med aml. regler om beregning av ansettelsestid. Departementet ble på forespørsel fra Teledirektoratet bedt om å vurdere hvorvidt deres praksis om å fradra alle permisjoner ved beregningen av tjenestetiden, var i strid med likestillingsloven. Likestillingsombudet konkludert med at en praksis hvor det gjøres fratrekk for fødselspermisjon ved beregningen av tjenestetid etter tjenestemannsloven §§ 9 og 10, er i strid med likestillingsloven⁴⁹ § 3. Det ble i PM (personalmelding) nr. 2/2005 bedt om at statlige virksomheter innretter seg i tråd med Likestillingsombudets konklusjon i saken. Likestillingsombudet er et forvaltningsorgan som utøver offentlig forvaltning, innenfor de rammer Stortinget har gitt. Den nevnte uttalelsen, om hvordan loven skal forstås, bør derfor tillegges rettskildemessig vekt.

Dette er et av flere eksempler på at de to lovene er tolket i samsvar med hverandre.

4.3.3 Kort om ferieavvikling

Midlertidige ansatte omfattes også av ferieloven⁵⁰. Dette betyr at de har plikt til å ta ut ferie 25

⁴⁸ Prop.104L (2009-2010) s. 14

⁴⁹ Likestillingsloven av 9. juni 1978 nr. 45

⁵⁰ Ferieloven av 29. april 1988 nr. 21

dager hvert ferieår, jfr feriel. § 5. Ferie er et lovfestet gode for arbeidstakeren, og det ville være urimelig om fravær av en slik karakter skulle avbryte opptjeningen til fireårsregelen. Reelle hensyn taler også for at ferietid ikke skal fradras i beregningen av ansettelsestiden. En slik konklusjon støttes også av tjml ⁵¹. Dette taler for at den lovpålagte ferien ikke skal komme til fradrag i beregningen av fireårsregelen.

4.4 Hva avbryter opptjeningen?

I sammenheng med fradragsspørsmålene må det også redegjøres for hva som anses som brudd på opptjeningen. Det må her skilles mellom fravær som avbryter opptjeningen, og fravær som kan fradras. Utgangspunktet er at ved opphold på mer enn 14 dager, anses det ikke å foreligge et sammenhengende ansettelsesforhold. Dette støttes også i teorien av Jakhelln/ Aune ⁵². Det vil bero på en totalvurdering av ansettelsesforholdet og begrunnelsen for avbruddet om opptjeningen anses avbrutt. Det sentrale i vurderingen er at avbruddet må være reelt og ikke begrunnet i at arbeidsgiver vil unngå fast tilsetting⁵³.

Ut fra forarbeidene og teori kan man altså utlede et krav om at det må foreligge et opphold på minst 14 dager for at kravet til ”sammenhengende” er brutt. Dette samsvarer med fireårsregelen på tjml. område, hvor det er etablert forvaltningspraksis på at oppholdet må være minst 14 dager ⁵⁴. At folketrygdlovens bestemmelser også kan benyttes analogisk på tjml. område, følger av statens personalhåndbok. ⁵⁵

Dersom en arbeidsgiver har flere virksomheter, og man har vært ansatt i ulike virksomheter i opptjeningsperioden, bør bestemmelsen forstås slik at sammenhengende tjeneste hos samme rettssubjekt utløser rett til fast ansettelse. Det avgjørende for om arbeidsforholdet anses avbrutt, er derfor om tjenesten er utført for samme virksomhet, ikke arbeidsgiver.

⁵¹ Bjørmaraa m.fl. (2000) s. 334

⁵² Jakhelln/ Aune (2006) s. 716

⁵³ Allstrin, Tor m.fl. (2008) s. 107

⁵⁴ PM 10/96

⁵⁵ Statens personalhåndbok 2008 pkt. 2.8.4

4.5 Hva setter opptjeningen på pause?

Spørsmål om avbrudd kommer på spissen i de tilfellene hvor den ansatte først har en stilling som vikar for så å gå over i praksisarbeid, for så over til vikariat igjen. Skal da periodene man er ansatt etter bokstav c, d eller e, anses som avbrudd?

De beste grunner taler her for å trekke fra ansettelsene i andre stillinger enn a og b i beregningen til fireårsregelen.⁵⁶ Man kan derfor si at opptjeningen settes på pause og at perioden kommer til fradrag. Det ville være urimelig om praksisarbeid, som har til formål å øke arbeidstakerens kompetanse, skal avbryte opptjeningen til fireårsregelen.⁵⁷ I slike tilfeller bør oppholdet mellom stillingene som kvalifiserer til opptjening, ikke avbryte opptjeningen, men sette den på pause. En slik forståelse av loven, er etter mitt syn best i samsvar med fireårsregelens formål. Man bør, slik jeg ser det, under enhver omstendighet prøve å unngå at slike tilfeldige omrokkinger i arbeidsoppgaver fører til et urimelig resultat for arbeidstakeren. I tillegg bør man forhindre at arbeidsgiveren, ved å gi den ansatte muligheten til å øke sine kvalifikasjoner, kan avbryte opptjeningen.

5 Rettsvirkninger av at fireårsmerket passerer

5.1 Innledning

Rettsvirkningene av fireårsregelen inntreffer automatisk når lovens vilkår er oppfylt.

Hva som faktisk er rettsvirkningene, er ikke nærmere beskrevet i bestemmelsens ordlyd. Av ordlyden fremgår det kun at arbeidstakeren *”skal anses som fast ansatt slik at reglene om oppsigelse av arbeidsforhold kommer til anvendelse”*, jfr. §14-9 (5) andre punktum.

Det må derfor klargjøres hva innholdet av den faste stillingen skal være, og stillingsbrøken.

⁵⁶ Egeland, arbeidsrett.no § 14-9 note 13 (per 2010)

⁵⁷ Søreide (2009) s. 155

5.2 Stillingsvern

At arbeidstakeren anses som fast ansatt, innebærer at reglene om oppsigelse av arbeidsforhold kommer til anvendelse. Dette innebærer at arbeidstakeren oppnår ordinært oppsigelsesvern, jfr. aml. kapittel 15. Dette innebærer videre at det kreves saklig grunn for oppsigelse jfr. § 15-7, oppsigelsen må være formriktig jfr. § 15-4, og arbeidstakeren har rett til å stå i stillingen under forhandlingene ved en eventuell tvist jfr. § 15-11 (1). Opprinnelig var det ikke tatt med i lovteksten at oppsigelsesvernet innebar fast ansettelse, men ble av brukerhensyn tilføyd i ettertid⁵⁸.

I tilknytning til dette, er det i forarbeidene⁵⁹ slått fast at man skal ha en fastsatt arbeidstid. Man kan altså ikke bli ansatt som fast ansatt tilkallingshjelp uten en nærmere fastsatt arbeidstid, som for eksempel fast ansatt ”ekstrahjelp ved behov”. Det må altså være en reell fast ansettelse. Ved tvist om vilkårene for fireårsregelen er oppfylt, kommer hovedregelen i § 15-11 ikke til anvendelse. Midlertidig ansatte har i utgangspunktet ikke rett til å stå i stillingen på samme måte som ved tvist om usaklig oppsigelse av et fast ansettelsesforhold, jfr § 15-11 (3). Arbeidstakeren kan imidlertid be om kjennelse for det motsatte, jfr § 15-11 (3) siste punktum. Kravet må da være fremsatt innen åtte uker fra det tidspunkt arbeidstaker fratrådte eller fra forhandlingenes avslutning, jfr. § 17-4 (5). Dette kan være praktisk i tilfeller hvor det er klart at den midlertidige ansettelsen ikke oppfyller lovens vilkår.

Det følger av § 14-9 (4) at en *“arbeidstaker som har vært ansatt i mer enn ett år, har krav på skriftlig varsel for fratreten senest en måned før fratredelsestidspunktet.”*

Dersom et slikt varsel gis for sent, og fratreten utsettes, kan dette innebære at fireårsmerket passerer. Det oppstår da spørsmål om arbeidsgivers fristforsømmelse kan føre til at arbeidstakeren oppnår stillingsvern, jfr § 14-9 (5). Dersom fireårsregelens vilkår for øvrig er oppfylt, vil det vanskelig kunne forenes med lovens formål å la

⁵⁸ Ot.prp.nr.54 (2008-2009) s. 85

⁵⁹ Ot.prp.nr.54 (2008-2009) pkt. 6.1.5.

arbeidsgiveren slippe unna med en slik glipp. At man i disse tilfellene har vært ansatt tett opp mot fire år, taler for at behovet for arbeidskraft heller ikke er av forbigående karakter. Ved å legge ordlyden til grunn, kan jeg vanskelig se at dette kan føre til et annet resultat en fast ansettelse. Spørsmålet er, etter det jeg kjenner til, ikke avklart.

5.3 I hvilken stilling blir man ansatt?

Der det etableres et fast ansettelsesforhold som følge av fireårsregelen, oppstår spørsmålet om hvilken stilling man har krav på. Det er lite å finne om dette, både i teori og praksis. Dette kan skyldes at i de saker som fører til rettslig behandling, er partene først og fremst uenige om hvorvidt fireårsregelen kommer til anvendelse.

Det følger av både bestemmelsens ordlyd og forarbeidene, at rettsvirkningen av fireårsregelen er at arbeidstakeren er å anse som fast ansatt i det arbeidet han har vært midlertidig ansatt i. Dette taler for at passeringen av merket ikke skal føre til noen forandringer i arbeidsforholdet. Spørsmålet oppstår dersom den ansatte har hatt ulike arbeidsoppgaver i løpet av fireårsperioden. Dersom den ansatte i perioden bare har hatt tilknytning til en fulltidsstilling, er saken klar, da er det denne man trer inn i ⁶⁰. Det byr derimot på problemer dersom arbeidsoppgavene har variert gjennom ansettelsesperioden. Er det da de arbeidsoppgaver og tjenestested som arbeidstakeren hadde ved passeringen av fireårsmerket som skal legges til grunn, eller kan arbeidsgiver bestemme noe annet?

I Sykehuset Innlandet-saken var spørsmålet hvorvidt arbeidstakeren (A) hadde krav på fast ansettelse, og hvilken stillingsprosent han eventuelt hadde krav på. Påstand om fast ansettelse førte ikke frem på noen av grunnlagene som ble anført. Høyesterett tok derfor ikke stilling til hvilken stilling han skulle hatt krav på.

Ut fra rettspraksis som foreligger på området, kan man derfor vanskelig si noe om hvilken stilling den ansatte har krav på. Det er etter det jeg har kunnet avdekke, ingen rettsavgjørelser som har slått fast hvilke arbeidsoppgaver man har krav på etter § 14-9

⁶⁰ Ot.prp.nr.54 (2005-2009) s. 43- 44

(5). I mangel på avklaringer, vil jeg derfor benytte argumenter fra den ulovfestede læren til å belyse problemene.

I Statfjord-dommen kom Høyesterett til at arbeidstakeren (A) hadde krav på fast ansettelse. A hadde her i 2 ½ år fylt et stort vikarbehov. Bedriften hadde et sykefravær mellom 10 og 14 % som det var aktuelt for A å vikariere for. Høyesterett bemerket til dette at bedriften hadde mange ansatte (over 200), og at det også i fremtiden kom til å bli høy fraværspersent. Det ville derfor ikke utgjøre noen stor forskjell, verken økonomisk eller i arbeidsmengde for bedriften, å ansette A fast. Det er helt sentralt i den ulovfestende læren, at når fast ansettelse ikke medfører noen ulempe for arbeidsgiveren, skal dette velges.

Arbeidstakeren hadde selv sagt opp når saken kom opp til behandling i rettssystemet. Det var derfor ikke rettslig interesse for å klargjøre hvilken stilling hun rent hypotetisk skulle hatt krav på. Høyesterett uttalte likevel at :

”Jeg kan ikke se at det ville ha vært noe i veien for at bedriften kunne ha gitt Synnøve Andreassen fast ansettelse med arbeid av samme omfang som det hun utførte og har fått betaling for.”⁶¹

“Arbeid av samme omfang” antas å sikte til både stillingsprosent og arbeidsoppgaver. Det er interessant at Høyesterett velger å uttale seg om dette, til tross for at spørsmålet ikke var av rettslig interesse i den aktuelle saken. Siden uttalelsene er bemerkninger som ikke er knyttet til resultatet, har uttalelsene derfor mindre rettskildemessig vekt enn om de hadde begrunnet resultatet.

I Ambulansesaken var partene uenige om hvilket sykefravær vikarbehovet skulle beregnes av. Høyesterett kom da til at ambulansesjåførens arbeidsinnsats skulle vurderes opp mot virksomhetens samlede fraværbehov. Dette omtales også som kravet til “tilknytning”. At tilknytningskravet er oppfylt, taler for at den midlertidig ansatte er best egnet til å tiltre som fast ansatt. I motsatt fall kan tilknytningskravet føre til at ingen har krav på fast ansettelse, selv om fraværspersenten er stabilt høy.

Her hadde bedriften et stabilt fravær på ca 27 %, og Høyesterett kom til at også dette var i strid med aml. regler om midlertidig ansettelser. Av dette kan det utledes at bedriften har et visst rom for skjønn i valget mellom å øke grunnbemanningen eller benytte midlertidige ansettelser, men

⁶¹ Rt 1989 s. 1116 på s. 1122-1123

at det går en grense, som i begge disse sakene klart er overskredet.

I Ambulansesaken kom Høyesterett til at partene måtte bli enige om ansettelsesvilkårene forøvrig.

Bør man legge til grunn ansettelsesavtalen, den stillingen den ansatte har størst tilknytning til, eller stillingen som vedkommende er ansatt i når stillingsvernet inntreffer? Ved å lese lovens ordlyd kan man få inntrykk av at det siste alternativet skal velges. Etter min mening er det gode grunner for å velge alle alternativene, og at det bør vurderes konkret i hvert enkelt tilfelle. Partene bør etter mitt syn først forsøke å komme til enighet, før spørsmålet eventuelt må avgjøres skjønnsmessig av en domstol.

Sett at arbeidstakeren ble ansatt i et vikariat som renholder på et hotell, men på grunn av høyt sykefravær, måtte steppe inn som resepsjonist. Dersom store deler av opptjeningsperioden ble oppfylt som resepsjonist, taler vel de beste grunner for at den ansatte får fast stilling som nettopp det. For arbeidsgiverens vedkommende kan det derimot føre med seg ulemper at arbeidstakeren oppnår fast stilling i en stilling med høyere lønn og status enn renholder. Det er i utgangspunktet opp til arbeidsgiveren å vurdere behovet for fast ansettelse eller midlertidig arbeidskraft. Det er klart at vurderingen av virksomhetens behov først og fremst må være opp til arbeidsgiver. I de tilfeller hvor varigheten av midlertidige ansettelser vedvarer ut over fire år, bør det imidlertid settes grenser for denne styringsretten.

5.3.1 Arbeidsgivers styringsrett

Arbeidsgivers styringsrett går ut på at arbeidsgiveren kan ta avgjørelser som er bindende for arbeidstakeren. Styringsretten er arbeidsgivers rett “(...) *til å organisere, lede og fordele arbeid, og til å ansette og si opp arbeidstakere*(...)”⁶². Denne definisjonen har også blitt lagt til grunn i praksis.

For faste ansatte er det arbeidsavtalen som fastsetter arbeidsoppgaver og arbeidssted. Dette er likevel ikke til hinder for at arbeidsgiver kan endre disse omstendighetene i ettertid, som et utslag av arbeidsgivers styringsrett. Dette taler for at de rettigheter man oppnår som følge av

⁶² Evju, Arbeidsrett og styringsrett s. 15

fireårsregelen, ikke bør være sterkere enn de rettigheter andre faste ansatte har.

At man går til rettslige skritt for å oppnå fast ansettelse, vil i de fleste tilfeller skape et betent forhold mellom partene. Det er da i første rekke arbeidstakeren som trenger vern mot at arbeidsgiveren utnytter styringsretten til hans ugunst. Dette taler for å overlate til domstolene å fastsette hvilken stilling arbeidstakeren skal fortsette i.

Hensynet til forutsigbarhet taler for at den ansatte får fortsette i den stillingen han eller hun har størst tilknytning til. Mindre endringer i arbeidsoppgaver må kunne godtas, men et minstekrav må være at den ansatte har utført lignende arbeid i løpet av ansettelsesperioden. Å gi den ansatte helt andre oppgaver og annet arbeidssted, vil kunne falle utenfor styringsrettens rekkevidde.

En arbeidsavtale skaper et maktforhold. Dette maktforholdet er muligens enda sterkere ved midlertidige arbeidsforhold sammenlignet med faste ansettelser. Den ansatte er avhengig av arbeidsgiveren, både økonomisk og sosialt. I utgangspunktet kan arbeidsgiveren velge fritt hvem han vil ansette, og kan regulere omfanget av arbeidsavtalen forholdsvis fritt.

Det er ingen lovhjemmel som lovfester styringsretten. Tjml § 12 er det nærmeste hjemmelsgrunnlag man kommer en regulering av kompetansen. Rettsordenen har imidlertid anerkjent en slik kompetanse for arbeidsgiver. Evju beskriver denne kompetansen som “*en generell norm i arbeidsretten*”.⁶³ Rekkevidden og omfanget av denne kompetansen er noe uklar, men er begrenset av arbeidsavtale, lov og tariffavtale. Eksempel på dette er at arbeidsgiver ikke fritt kan si opp arbeidstakeren. Illusterende er Nøkk-dommen⁶⁴, som jeg kommer tilbake til nedenfor.

En ytterligere begrensning er kravet til saklighet. Dette er helt grunnleggende på stillingsvernsområdet. Høyesterett uttalte i Kårsø-dommen⁶⁵ at “*(...) det må foreligge et forsvarlig grunnlag for avgjørelsen, som ikke må være vilkårlig, eller basert på utenforliggende hensyn*”. Saksbehandlingen frem mot beslutningen inngår altså som et element.

Dette skjønnet er vanskelig å vurdere for domstolene, og det må foretas en interesseavveining mellom arbeidsgivers behov og arbeidstakerens interesser. Formelt

⁶³ Evju, Stein. Arbeidsrett og styringsrett- et perspektiv

(www.uio.no/studier/emner/jus/jus/JUR5511/h10/pensumlitteratur-til-gratis-nedlastning/)

⁶⁴ Rt 2000 s 1602

⁶⁵ Rt 2001 s 418 på s. 427

har neppe arbeidsgiver større styringsrett overfor midlertidig ansatte, enn faste ansatte. Midlertidig ansatte vil imidlertid ofte strekke seg lengre enn faste ansatte ettersom de oppfatter arbeidsplassen som mindre sikker.

I Seinvakts-saken⁶⁶ ble forholdet til tariffavtale vurdert. Saken gjaldt om sykepleiere måtte akseptere både dag-og kveldsvakter. Tariffavtalen bestemmer at arbeidsgiver skal fastsette arbeidstidens “inndeling”.

Høyesterett nøyde seg i avsnitt 37 med å vise til aml. § 14-6 om hvilke opplysninger arbeidsavtalen skal inneholde. Arbeidstidens lengde og plassering skal opplyses.

I forarbeidene⁶⁷ uttales det “(...) *vesentlige endringer i arbeidstidsordninger som ikke kommer klart til uttrykk i en avtale, kan arbeidsgiver bare gjennomføre dersom det oppnås enighet eller vilkårende for oppsigelse er til stede. En vesentlig endring i plasseringen av den daglige arbeidstid for eksempel fra dagarbeid til nattarbeid, vil normalt ligge utenfor arbeidsgivers styringsrett.*”

Arbeidsgiver kan med andre ord gi avkall på denne styringretten i medhold av arbeidsavtalen. Høyesterett kom til at bedriftens endringsbehov ikke var stort nok til å pålegge sykepleierne å jobbe på dagen.

Styringsretten grenser oppad til forhold som må endres ved “endringsoppsigelse”. Dette innebærer en oppsigelse av bestemte avtalevilkår som arbeidsoppgaver, lønn og arbeidstid. Arbeidsgiver må i likhet med ordinær oppsigelse også her ha saklig grunn. Endringsoppsigelsen må også her være begrunnet i virksomhetens, arbeidsgivers eller arbeidstakers forhold.

Det er på bakgrunn av dette vanskelig å fastslå noe generelt i forhold til fireårsregelen. På bakgrunn av uttalelser fra Høyesterett i Ambulansesaken, bør partene altså komme frem til en løsning gjennom forhandlinger. Jeg er enig i at dette bør overlates til partene, og at man ikke bør bruke rettsvesenets ressurser på slike vurderinger dersom det kan unngås. Dette samsvarer også godt med det øvrige arbeidsrettslige reglement, som oppfordrer til aktiv bruk av forhandlinger med tillitsvalgt. Dersom dette åpenbart fører til urimelige resultater, bør derimot lovens formål sette skranker for styringsretten.

⁶⁶ Rt 2009 s. 1465

⁶⁷ Nou 2004:5 side 271

Det følger av formålsparagrafen at arbeidsmiljølovens regler skal *”gi grunnlag for at arbeidsgiver og arbeidstakerne i virksomheten selv kan ivareta og utvikle sitt arbeidsmiljø i samarbeid med arbeidslivets parter og med nødvendig veiledning og kontroll fra offentlig myndighet”*, jfr. aml. § 1-1 bokstav d.

Når det gjelder hvilke arbeidsoppgaver man blir satt til å gjøre, står arbeidsgivers instruksjonsmyndighet helt sentralt. Denne myndigheten omfatter hvilke arbeidsoppgaver som skal utføres i virksomheten, hvordan de skal utføres, og hvem som skal utføre dem. Hvis man sammenholder denne myndigheten med arbeidstakerens lojalitets- og underordningsplikt, ser man at arbeidsavtalen blir helt sentral for å finne ut hvilke endringer arbeidstakeren må finne seg i. Det er klart at arbeidsgiver bør kunne bestemme hvilke arbeidsoppgaver som skal utføres, men det bør likevel forhindres at arbeidsoppgavene varierer så mye at arbeidssituasjonen bli uforutsigbar for den ansatte. Her kan det imidlertid oppstå en interessekonflikt mellom arbeidsgivers behov for fleksibilitet, og arbeidstakers behov for en meningsfylt arbeidssituasjon. Arbeidsplikten bør da, slik jeg ser det, ikke gå lenger enn det som følger av arbeidsavtalen. Dersom arbeidstakeren i forbindelse med passeringen av fireårsmerket blir satt til andre oppgaver, bør man derfor kunne få dom for at dette er ulovlig myndighetsutøvelse.

5.3.2 ”Grunnpregstandarden”

Dersom arbeidsgiver ønsker å gjøre endringer i den ansattes arbeidsoppgaver når fireårsregelen er oppfylt, må lovligheten av endringen bygge på en før- og etter vurdering. I forbindelse med vedtakelsen av den nye aml. presenterte professor Kristen Andresen begrepet *”grunnpregstandarden”*. Rettssetningen lyder slik: *“(…) nemlig (bør) være hevet over tvil at arbeidsgiver ikke ensidig kan regulere en arbeidstakers arbeidsområde på en slik måte at dettes grunnpreg blir et vesentlig annet enn det etter arbeidsavtalen i direkte eller indirekte form opererer med.”*⁶⁸

Stillingsbetegnelse, utlysingstekst og lignende vil derfor være relevante momenter i

⁶⁸ Andersen, Kristen (1967) s. 101

vurderingen.

Nøkk- saken⁶⁹ indikerer imidlertid et brudd med grunnpregstandarden. Endringene var her begrunnet i “samfunnsutviklingen”, og å redusere kommunens kostnader. Hvis man i denne saken bygger på en før- og ettervurdering ser man at endringene vil medføre bytte av arbeidsplass, en betydelig økning i arbeidets omfang, og i tillegg måtte de ansatte ta tilleggsutdanning for å tilfredsstille kravene. Endringene medfører altså *betydelige* forandringer. Høyesterett uttalte i den overnevnte saken at stillingsbetegnelsen ga liten veiledning, men at samfunnsutviklingen og ønsket om å spare penger var lite forenlig med grunnpregstandarden. Til tross for dette godtok Høyesterett endringsbeslutningen “*under noe tvil*”, jfr førstvoterendes uttalelser. At det var tale om en fornuftig ressursdisponering ble her et avgjørende moment.

Uttalelsene i Nøkk- saken har fått prisipiell betydning, og premissene i dommen er lagt til grunn i både Kårsø- saken, Theatercafé-saken⁷⁰ og Seinvakts-saken.

I Nøkk-saken uttalte Høyesterett at “*ved tolkingen og utfyllingen av arbeidsavtalene må det blant annet legges vekt på stillingsbetegnelse, omstendighetene rundt ansettelsen, sedvaner i bransjen, praksis i det aktuelle arbeidsforhold og hva som finnes rimelig i lys av samfunnsutviklingen.*”⁷¹

Når det gjelder sedvane er det alminnelig antatt at hvis løsningen etter denne hadde vært dårlig, hadde partene endret den eller samfunnet reagert, enten ved lovendring eller gjennom rettspraksis. Av dette kan det utledes at virksomhetens behov i forhold til markedet, og deres ønske om å tilpasse seg til endringene i samfunnet, tillegges betydelig vekt.

Interesseavveiningen gikk her i favør av arbeidsgiver, og ikke arbeidstaker.

I Theatercafé- saken påla en restaurant servitørene å dele tipsen de mottok med de andre som jobbet i restauranten. Servitørenes arbeidsavtaler hadde ikke bestemmelser om fordeling av tips, og Høyesterett fant derfor at pålegget om deling var innenfor styringsrettens rammer. Det ble videre vist til at ordningen med tipsdeling ikke er uvanlig i den type bransjer. En langvarig

⁶⁹ Rt 2000 s.1602

⁷⁰ Rt 2008 s. 856

⁷¹ Rt 2000 s. 1602 på s.1610

praksis på 70 år ble derfor endret i tråd med samfunnsutviklingen og nyere praksis.

Av de overnevnte sakene kan det utledes at endringer i arbeidsforholdet, som begrunnes i samfunnsmessige hensyn, taler for å tillate endringen selv om dette får urimelige konsekvenser for den ansatte.

5.4 I hvor stor brøk blir man ansatt?

Det fremgår verken av ordlyden eller forarbeidene hvilken stillingsprosent arbeidstakeren skal anses fast ansatt i. Det er ikke uvanlig at arbeidstakere uten fast ansettelse har varierende stillingsprosjenter i løpet av fireårsperioden.

I forarbeidene⁷² legges det til grunn at en gjennomsnittsberegning er best egnet til å fastslå det nærmere innholdet i ansettelsen. Begrepet ”naturlig utgangspunkt” tyder imidlertid på at lovgiver ikke utelukker at det kan finnes bedre løsninger. Dette spørsmålet anses derfor uavklart, og må avgjøres etter en konkret helhetsvurdering i den enkelte sak.

I Sykehuset Innlandet-saken anførte arbeidstakeren at det avgjørende bør være situasjonen på innslagstidspunktet. Det ble videre anført i dommens avsnitt 37 at *“en skjønnsmessig regel hvor man beregner et gjennomsnitt vil være prosessskapende”*. Ved å legge til grunn stillingsprosjenten idet fireårsmerket passerer ville A ha krav på fast ansettelse i en 100 prosent stilling. Hadde man derimot tatt hele ansettelsesperioden i betraktning, ville resultatet blitt en 70 prosent fast stilling.

Å legge innslagstidspunktet til grunn kan imidlertid gi urimelige resultater, og gjenspeiler ikke arbeidsinnsatsen gjennom opptjeningstiden. Dette taler mot å etablere denne metoden som en alminnelig regel. Likevel kan det jo tenkes at denne vurderingen kan gi den beste løsningen etter en konkret vurdering, slik tilfellet var i Sykehuset Innlandet-saken. Det er spesielt i de typetilfeller hvor den ansatte i en lengre periode i forkant av passeringen av fireårsmerket, har hatt stabil høy stillingsprosjent, dette vil være

⁷² Ot.prp.nr.54 (2008-2009) pkt 6.1.5. s 45

aktuelt. Dersom den ansatte da har hatt perioder med liten arbeidsmengde i starten av ansettelsesperioden, kan det tenkes at den ansatte da vil gå vesentlig ned i stillingsprosent ved å benytte en gjennomsnittsberegning.

Kirkelig arbeidsgiver- og interesseorganisasjon (KA) har uttalt i et høringsnotat at de støtter departementets forslag om at en gjennomsnittsberegning er det mest korrekte.

Unio, HSH og Universitetet i Agder tok også opp problemene rundt stillingsprosenten i høringsrunden⁷³. De mente det burde klargjøres hvilken stillingsprosent man har krav på hvis man har hatt varierende deltidsprosent iløpet av fireårsperioden, og har hatt ujevn tilgang på arbeidsoppgaver.

I Sykehuset Innlandet- saken fant Eidsivating Lagmannsrett⁷⁴ at fireårsregelen kom til anvendelse. I den sammenheng ble det drøftet hva slags stillingsprosent A hadde krav på. Høyesterett kom til et annet resultat enn i underrettsdommen, og den har derfor begrenset vekt som rettskildefaktor. I lys av konklusjonen kan det likevel være interessant å se hva lagmannsretten kom til på dette punkt. Lagmannsretten anførte at omfanget av stillingen måtte bestemmes skjønnsmessig ut fra hvor mye arbeidstakeren hadde arbeidet. A hadde arbeidet mye, ca 39 prosent av fast stilling det første året, ca 47 prosent i det andre året og i de to neste over 100 prosent. Det ble i dommen tatt utgangspunkt i at han de to første årene jobbet under 50 prosent av full stilling. Lagmannsretten kom etter en samlet vurdering til at A ikke hadde arbeidet sammenhengende som tilkallingsvikar i så stort omfang at det gir grunnlag for full stilling, og stillingsprosenten ble derfor satt til 50 prosent. Til dette uttalte retten at A hele tiden hadde fungert som vikar ved sykdom og mest i helgene. Som en følge av at hjelpepleierne hadde krav på fri hver tredje helg, hadde sykehuset særlig behov for stillinger med lave stillingsprosenter. At A hadde jobbet i så store prosenter, skyldes at han hadde vært tilkalt på flere poster. Videre at det heller ikke var påvist at Sykehuset Innlandet over tid hadde et fast udekket behov for tilkallingsvikarer ut over 50 prosent stillinger.

Lagmannsretten konkluderte dermed med at en 50 prosent stilling var passende i dette tilfellet. Avgjørelsen har senere blitt omtalt i lovens forarbeider⁷⁵, og departementet

⁷³ Ot.prp.nr 54 (2008-2009) s. 44

⁷⁴ LE- 2008-32879

⁷⁵ Ot.prp.nr.54 (2008–2009) s. 44.

støtter lagmannsrettens beslutning. Høyesterett kom derimot, i samme sak, til at A ikke hadde krav på fast ansettelse. Høyesterett tok derfor ikke stilling til hvilken stillingsbrøk som var aktuell. Mindretallet stemte imidlertid for å forkaste anken, og dette taler for at de var enige med lagmannsrettens beregning av stillingsbrøken. Spørsmålet blir da om lagmannsrettens tolkningsresultat likevel kan tillegges rettskildemessig vekt, selv om dommens prinsipielle spørsmål senere har blitt endret av en høyere instans.

Departementets uttalelser i lys av saken taler etter mitt syn for å tillegge lagmannsrettens beregninger en viss vekt i lignende saker, inntil spørsmålet er endelig avklart.

I Statfjord-dommen hadde den ansatte (A) over lengre tid fungert i en rekke vikariater av varierende omfang. A var ifølge bedriften klar over sin status som vikar, og hadde som følge av dette ingen plikt til å ta på seg oppdrag. Bedriften anførte at *“dersom man lar arbeidets omfang være avgjørende for lovligheten, vil man kunne komme i en situasjon at bedriften må passe seg for å gi den enkelte for mye arbeid innen en periode”*⁷⁶. Bedriften mente derfor at mengden utført arbeid ikke burde være avgjørende for hvilken stillingsprosent man har krav på. Den ankende part, bedriften, begrunnet den store arbeidsmengden A hadde utført, med hennes egen pågang for å få oppdrag. Det ble videre anført at sykefraværet i bedriften var såpass varierende, og bedriften mente derfor det ikke kunne stilles krav om at dette behovet skulle dekkes av faste stillinger.

Ankemotpart, A, anførte til dette at vikarordningen bedriften praktiserte, var i strid med aml., og la ned påstand om dom for at A hadde vært fast ansatt i bedriften i hele ansettelsesperioden. A anførte videre at dersom bedriften hadde gått frem i samsvar med aml., ville resultatet for A bli fast, full stilling.

Høyesterett konkluderte med at vikarordningen var ulovlig, og at A skulle vært regnet som fast ansatt. At hun selv hadde sagt opp på det tidspunkt saken var oppe til behandling i rettssystemet, førte til at den rettslige interessen hadde falt bort, og hun hadde etter dette ikke krav på fastsettellesdom. Høyesterett uttalte til dette at deltidsansatte kan ha stillingsvern uten at dette utløser krav på lønn for full stilling. Det ble videre uttalt at det ikke ville vært noe i

⁷⁶ Rt 1989 s. 1116 på s. 1118

veien for å gi A fast ansettelse med arbeid av samme omfang som det hun tidligere hadde utført og fått betaling for. “Arbeid av samme omfang” må antas å være i tråd med synspunktet om at en gjennomsnittsberegning er mest hensiktsmessig.

Uttalelsene knyttet til hvilken stilling A hadde krav på, hadde ikke direkte betydning for resultatet. Det er derfor klart at uttalelsene er et obiter dicta. At Høyesterett mente det var behov for avklaring i fremtiden, kan tale for at uttalelsene tillegges vekt i senere saker. Dette til tross for dommens resultat.

Disse uttalelsene i Statfjord-dommen kan imidlertid ikke uten videre legges til grunn i lignende saker på fireårsregelens område. Slik jeg ser det, er det likevel ingen gode grunner som taler for å la beregningen av stillingsprosent være forskjellig etter ulovfestet og lovfestet rett. Det ville vært uheldig dersom man utviklet en praksis hvor man etter ulovfestet rett kunne utlede bedre rettigheter enn etter de lovfestede reglerene. Det har derfor en viss overføringsverdi å se hvilke vurderinger Høyesterett har gjort.

I likhet med disponering av arbeidskraft, er også arbeidstiden noe som i en viss grad kan reguleres av arbeidsgivers styringsrett. Når det gjelder arbeidstiden, må det skilles mellom arbeidstidens lengde og dens plassering. Mengden av arbeid har sammenheng med lønnen, og er godt beskyttet i norsk rett. Derimot må de ansatte kunne finne seg i økning i arbeidstiden, jfr Arkitektsaken⁷⁷. Det samme må antas å gjelde på fireårsregelens område. Arbeidstidens plassering i døgnet og uken, henger sammen med virksomhetens organisering og er svakere beskyttet.

5.4.1 Er en gjennomsnittsberegning riktig?

Det kan synes som et naturlig utgangspunkt at det skal foretas en gjennomsnittsberegning av de stillingsprosenter arbeidstakeren har hatt i løpet av fireårsperioden. Dette synspunktet støttes som nevnt av forarbeidene⁷⁸. I forarbeidene

⁷⁷ Rt 1985 s. 78

⁷⁸ Ot.prp. nr. 54 (2009-2009) pkt 6.1.5 s. 44

viser departementet til uttalelser om dette i Sykehuset Innlandet-saken i lagmannsretten, og støtter lagmannsrettens betraktninger om at en gjennomsnittsberegning har mest for seg. I samme sak i Høyesterett anførte arbeidsgiver at en gjennomsnittsberegning var mest hensiktsmessig. Høyesterett kom imidlertid til at fireårsregelen ikke kom til anvendelse, og saken avgjør derfor ikke spørsmålet om hvorvidt en gjennomsnittsberegning har festnet seg i praksis. Det er derfor ikke gitt at stillingsbrøken ved innslagstidspunktet ikke skal legges til grunn. På bakgrunn av departementets uttalelser bør derfor foretas helhetsvurdering av ulike hensyn og interesser.

Etter min mening bør partene uansett oppfordres til å komme til enighet utenomrettslig, slik det ble gjort i Ambulanse-saken. At partene her ga uttrykk for å være enige, bør ikke utelukke samme resultat i senere saker. Jeg ser at dette ikke nødvendigvis kommer til å føre frem i samtlige tvister, men det bør være et utgangspunkt.

5.5 Erstatning ved ulovlige midlertidige ansettelser

I tvister hvor partene er uenige om hvorvidt arbeidsforholdet består, og om fireårsregelen i det hele tatt kommer til anvendelse, er det svært vanlig at arbeidstakeren legger ned påstand om erstatning. I tillegg til å kreve fast ansettelse, kreves det også lønn i samsvar med dette.

Det kan nedlegges påstand om erstatning både i de tilfellene hvor den midlertidig ansatte fortsatt er tilsatt, og hvor man har fratrådt stillingen. Arbeidstakere som fortsatt er i stillingen, kan når som helst kreve forhandlinger, jfr. § 17-3 (2) siste punktum. Løser ikke saken seg med forhandlinger, kan vedkommende gå til sak. Dersom arbeidstakeren har sluttet, må vedkommende kreve forhandlinger innen to uker, jfr. § 17-3 (2). Dersom forhandlingene ikke fører frem, kan arbeidstakeren innen åtte uker etter forhandlingene gå til sak, jfr. § 17-4 (1). Dersom det ikke er gjennomført forhandlinger, løper fristen fra den dagen arbeidsforholdet opphørte.

Erstatning som følge av ulovlig midlertidig ansettelser skal behandles etter de spesielle reglene i aml, og ikke etter de alminnelige erstatningsrettslige regler. Ved brudd på aml.

§ 14-9 kan det kreves erstatning etter § 14-11 annet ledd. Bestemmelsen er en videreføring av aml. 1977 § 58A nr. 4 tredje ledd og nr. 5 fjerde ledd, og er nå inntatt i en egen bestemmelse.

Det kan kreves erstatning for både økonomisk og ikke-økonomisk tap (oppreisning), og erstatningen utmåles etter § 15-12 annet ledd. Erstatningsreglene i aml. oppstiller ikke noe krav om skyld. Dersom arbeidsgiveren eller den ansatte har opptrådt klanderverdig eller kunne ha forhindret urettmessigheten, kan imidlertid dette få betydning for utmålingen. Beløpet fastsettes skjønnsmessig etter en helhetsvurdering, men det økonomiske tapet må være dokumentert eller sannsynliggjort.

Fristen for å kreve erstatning er seks måneder etter avsluttet forhandling jf. § 17-4 (1) andre punktum, og den midlertidige ansatte har som hovedregel ikke rett til å fortsette i stillingen under saksgangen. Dersom det er tatt ut søksmål med påstand om ulovlig midlertidig ansettelse innen åtte uker fra forhandlingene ble avsluttet, er seks måneders fristen imidlertid ikke absolutt. Det vil da være adgang til senere å trekke inn et erstatningskrav⁷⁹.

Erstatning for økonomisk tap skal dekke tapt inntekt fra det tidspunktet grunnlaget for den midlertidige ansettelsen bortfalt og frem til domstidspunktet, samt eventuelt andre dokumenterte tap. Dersom arbeidsforholdet har opphørt, og den ansatte har begynt i annet arbeid, kan man få dekket et eventuelt lønnstap ved ikke å ha stillingen som er gjenstand for søksmålet. Det skal da normalt ikke gjøres fradrag for den nye inntekten ved erstatningsutmålingen. Det klare utgangspunktet er at lønnstap skal dekkes fullt ut⁸⁰. Dette synspunktet støttes i forarbeidene: *”Det at arbeidstakeren i en slik situasjon gjør sitt for å skaffe seg inntekter bør komme arbeidstakeren til gode”*⁸¹.

Midlertidig ansatte har som nevnt ikke rett til å stå i stillingen under saksgangen. Slike saksanlegg kan ta lang tid, og det kan da være helt nødvendig for den ansatte å tiltre en

⁷⁹ Rt 2006 s. 106

⁸⁰ Rt 2001 s. 1253

⁸¹ Ot.prp. nr. 41 (1975-1976) s. 78

annen jobb i mellomtiden. I disse tilfellene ville det vært urimelig om arbeidsgiver måtte betale full lønn for tiden frem til domstidspunktet. Gode grunner taler da for at lønnsinntekten i den nye jobben trekkes fra erstatningsbeløpet krone for krone. Fradragsspørsmålet må vurderes konkret i hvert enkelt tilfelle.

Det kan også kreves oppreisning for tort og svie (ikke økonomisk tap). Dersom arbeidsgiver for eksempel bruker konfidensielle personlige opplysninger for å underbygge at den ansatte ikke er egnet til en fast stilling, kan slike krenkende påstander være grunnlag for oppreisning.⁸² Det må her kunne oppstilles et vilkår om at påkjenningen man opplever må være vesentlig større enn det man normalt kan forvente ved opphør av ansettelsesforhold. Formålet med reglene om erstatning for ikke-økonomisk tap er at også slike urettmessige handlinger bør møtes med en ”straffereaksjon”. Dersom man selv sier opp stillingen, har man i utgangspunktet ikke krav på erstatning etter § 14-11 annet ledd. Har man derimot blitt presset til å fratre stillingen, kan bestemmelsen få anvendelse.

Utmålingen er skjønnsmessig, og det er ikke fastsatt noe maksimumbeløp.⁸³ Dersom arbeidsgiver ansetter en ny ansatt i stillingen som er tvistegjenstand, kan dette gjøre det vanskelig eller umuliggjøre en eventuell gjeninntreden. Erstatningen kan da økes som et alternativ eller i tillegg til gjeninntreden. Lovens ordlyd og uttalelsene i forarbeidene må vurderes i lys av de retningslinjer Høyesterett har trukket opp. Det er imidlertid svært få avgjørelser som tar stilling til dette spørsmålet som en følge av fireårsregelen. Dette kan skyldes at de fleste som blir berørt av fireårsregelen ofte har jobbet tilnærmet en full stilling, og derfor ikke har lidt et økonomisk tap sammenlignet med den faste ansattes lønnsnivå. Selv om det økonomiske tapet kan være beskjedent, bør likevel tas med i en oppstilling av fireårsregelens rettsvirkninger.

I Rt 2005 s. 826 var tvistes spørsmålet om arbeidsavtalen var midlertidig, med subsidiær påstand om erstatning for ulovlig midlertidig ansettelse.

⁸² Ege, arbeidsrett.no § 15-12 note 6

⁸³ Ege, arbeidsrett.no § 15-12 note 6

Arbeidstakeren (A) hevdet at han var ansatt i strid med den dagjeldende aml. § 58A (nå 14-9), og at han hadde krav på fast ansettelse. Varigheten på engasjementet var ikke avgrenset i arbeidsavtalen, og det var heller ikke fastsatt fast arbeidstid eller omfang.

Fra 1. desember 2001 arbeidet A tilnærmet full stilling avlønnet med timelønn. A ble etter en uenighet 11. november 2002 bedt om å forlate arbeidsplassen, og kom ikke tilbake i jobb etter konfrontasjonen. Han ble heller ikke gitt vakter eller tilkalt etter dette. Høyesterett kom til at arbeidsavtalen måtte likestilles med en ulovlig avtale om midlertidig ansettelse, og at arbeidstakeren kunne kreve erstatning for tapt arbeidsfortjeneste. Høyesterett stadfestet lagmannsretten dom av 29 november 2004⁸⁴, og utmålte erstatningen til kr 150.000. Beløpet ble i sin helhet idømt som kompensasjon for økonomisk tap, og det ble ikke tilkjent erstatning for ikke-økonomisk tap. I dommens avsnitt 32 uttalte førstvoterende: *“Det følger av § 58A nr. 4 tredje ledd at arbeidstakeren kan kreve erstatning når det har foreligget en tilsetting i strid med § 58A nr. 1. I dette tilfelle fratrådte A den dagen han ble bedt om å forlate arbeidsplassen. Arbeidsgiveren tok intet initiativ for å la arbeidsforholdet fortsette, men viste til at det ikke lenger var behov for hans arbeid. A har senere ikke hatt lønnet arbeid i bedriften. Lagmannsretten har etter en totalvurdering etter arbeidsmiljøloven § 62 annet ledd annet punktum utmålt erstatningen til kr 150.000. Jeg finner i likhet med lagmannsretten at A er blitt påført et økonomisk tap som arbeidsgiveren må svare for.”*

Det følger ikke av dommen hva som ligger til grunn for erstatningsutmålingen. Beløpets størrelse og opplysninger om arbeidsomfanget i faktum, taler for at summen som ble tilkjent tilsvarte ca fem måneders arbeid. Fra arbeidsforholdet opphørte til det ble avsagt dom i lagmannsretten gikk det nesten to år. Av dette kan det utledes at det må settes en grense for hvor lenge man kan få dekket lønnstapet, men at det ikke kan oppstilles en generell regel. Høyesterett ser heller ikke ut til å være uenig i lagmannsrettens ”totalvurdering”. Dommen er enstemmig, og slår fast at Høyesterett åpner for å idømme erstatning for tapt arbeidsinntekt som følge av ulovlig midlertidige ansettelser.

⁸⁴ LB 2003- 14598

5.6 Rettsvirkninger etter Tjenestemannsloven

Hvis man sammenholder fireårsregelen i aml. med den lignende regelen i tjml. §§ 9 og 10 nr. 1, ser rettsvirkningene nokså like ut. Det er likevel noen reelle forskjeller i innholdet og hva en fast ansettelse innebærer i de to lovene.

Det er bestemmelsen i § 10 nr.1 som tilsvarer fireårsregelen i aml. Denne bestemmelsen åpner for at midlertidige stillinger som normalt skulle ha opphørt uten oppsigelse etter fire års sammenhengende tjeneste, likevel ikke plikter å fratre, men i stedet oppnår ordinært stillingsvern⁸⁵.

I mangel på avklaringer i arbeidsmiljølovens lovtekst og forarbeider, vil det være naturlig å trekkes analogiske slutninger fra de lignende bestemmelser og praksis på tjml område. Reelle hensyn taler for at ansatte i staten og ansatte i privat sektor behandles likt i like tilfeller.

I Sykehuset Innlandet saken underbygget arbeidstakersiden sine anførsler med praksis fra tjml. Høyesterett uttalte til dette i dommens avsnitt 66 :*“selv om reglene i tjenestemannsloven har vært en inspirasjonskilde for arbeidet med arbeidsmiljøloven § 14-9, er det flere forskjeller mellom de to regelsett både innholdsmessig og lovteknisk. Forarbeidene gir ikke holdepunkter for at § 14-9 på alle punkter skal forstås på samme måte som reglene i tjenestemannsloven.”*

Dette taler for at ”rettsvirkningene” etter tjml. likevel ikke bør legges til grunn analogisk på aml. område.

Spørsmålet om hvilken vekt rettsvirkningene etter tjml. skal tillegges, har etter min mening svært liten praktisk betydning på fireårsregelens område. I den grad det foreligger praksis vedrørende fireårsregelen, har det til nå heller ikke ville virket inn på resultatet å se hen til rettsvirkningene etter tjml. Det foreligger også begrenset med praksis på tjml. område. At midlertidig tjenestemenn i utgangspunktet er gitt bedre stillingsvern enn midlertidig ansatte etter aml., gjenspeiler seg i praksis. Denne regelen

⁸⁵ Bjørnaraa m.fl. (2000) s. 380

har eksistert på tjuvl. område siden 1977, og den har tilsynelatende fungert tilfredsstillende for både arbeidsgiver og arbeidstaker.

5.7 Oppsummering

Under punkt 5 har relevante kilder blitt sammenlignet og vurdert. Ved å lese forarbeidene til fireårsregelen i aml., kan man få inntrykk av det nærmest er åpent hvilke rettsvirkninger bestemmelsen kan få. Det henvises til stadighet til formålet med midlertidige ansettelser, og at man bør komme til et rimelig resultat for begge partene.

Det har vist seg å være behov for klargjøring av ordlyden i § 14-9 (5), og departementet har på forespørsel ved flere anledninger kommet med uttalelser for å klargjøre rettsvirkningenes omfang. Uttalelsene bærer preg av de standpunkt som er tatt i rettspraksis, og på den måten har lovgiver og domstolene byttet på å påvirke hverandre. I påvente av en avgjørelse som tar stilling til rettsvirkningene, må man derfor gå rettens vei for å få slått fast sine rettskrav. Forutberegneligheten er derfor svekket, når det kommer til å forutse hvilke konsekvenser det får at man har vært sammenhengende midlertidig ansatt i mer enn fire år.

6 Konklusjon

Med innføringen av ny aml. 1. januar 2006 fikk midlertidig ansatte samme stillingsvern som fast ansatte etter fire års sammenhengende tilsetting. Arbeidstakeren anses som fast ansatt idet fireårsmerket passerer. Dette innebærer at det kreves saklig grunn til oppsigelse, oppsigelsen må være formriktig, og arbeidstakeren har i utgangspunktet rett til å stå i stillingen ved en eventuell tvist. Reelle hensyn taler for at passering av fireårsmerket ikke skal medføre noen endring av arbeidsforholdet. Man bør kunne fortsette som fast ansatt i den stillingen man tidligere var midlertidig tilsatt i. Dette må imidlertid ses i sammenheng med arbeidsgivers styringsrett, og at det i praksis er godtatt vesentlige endringer i arbeidsforholdet. Hva slags stillingsbrøk man har krav på etter

passering av fireårsmerket, er ikke endelig avklart. Både stillingsbrøk ved passering av merket og gjennomsnittsberegninger er blitt foreslått. Økonomisk tap som følge av ulovlig avtale om midlertidig ansettelse kan medføre erstatningsansvar for arbeidsgiver.

7 Kilder

7.1 Litteratur

Allstrin, Tor, Dale, Gry Brandshaug og Østenvik, Jon. *Endring og opphør av arbeidsforhold*. Oslo, 2008.

Andersen, Kristen. *Fra arbeidslivets rett*. Oslo, 1967.

Bjørnaraa, Torgeir, Gaard, Espen og Selmer, Annette. *Norsk tjenestemannsrett*, 2000.

Borgerud, Ingeborg Moen, Due, Anne Marie, Nordaas, Ragnhild og Næss, Mona. *Arbeidsrett, særlig om omstilling i offentlig sektor*. Oslo, 2007.

Ertzaas, Ulf, Andersen, Kari Bergeius og Jakhelln, Henning. *Arbeidsrettslig håndbok privat sektor*. Kristiansand, 2004.

Egeland, Lill Chr. *Arbeidsrett.no, kommentar til arbeidsmiljøloven § 14-9 note 13, 14 og 15* (pr. 2010)

Ege, Elizabeth. *Arbeidsrett.no. Kommentar til arbeidsmiljøloven § 15-12 note 6* (pr. 2010)

Evju, Stein. *Arbeidsrett og styringsrett- et perspektiv*.

(www.uio.no/studier/emner/jus/jus/JUR5511/h10/pensumlitteratur-til-gratis-nedlastning/)

Jakhelln, Henning og Aune, Helga. *Arbeidsrett.no, Kommentarer til arbeidsmiljøloven 2. utg.* Oslo, 2006.

Jakhelln, Henning. *Oversikt over arbeidsretten 4.utg.* Oslo, 2007.

Søreide, Christel. *Midlertidig ansattes rett til fast stilling etter fireårsregelen. I:* Arbeidsrett 03/2009, s. 146-159.

7.2 Lover

1977 Lov om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v. (arbeidsmiljøloven) av 4. februar nr. 4 (opphevet).

1978 Lov om likestilling mellom kjønnene (likestillingsloven) av 9. juni 1978 nr. 45

1983 Lov om statens tjenestemenn m.m. (tjenestemannsloven) av 4. mars nr. 3.

1988 Lov om ferie (ferieloven) av 29. april 1988 nr. 21

1997 Lov om folketrygd (folketrygdloven) av 28. februar 1997 nr. 19

2005 Lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven) av 17. juni nr. 62.

2005 Lov om endringer i lov 17. juni 2005 nr. 62 (arbeidsmiljøloven) av 21. desember 2005 nr. 121.

7.3 Direktiv

1999/70/EF RÅDSDIREKTIV 99/70/EF av 28. juni 1999 om rammeavtalen om midlertidige ansettelser.

7.4 Forarbeider

NOU 2004:5 Arbeidslivslovutvalget. Et arbeidsliv for trygghet, inkludering og vekst.

Ot.prp. nr. 12 (2002-2003)

Om lov om endringer i lov 28. februar 1997 nr. 19 om folketrygd, lov 6. mai 1988 nr. 22 om lønnsplikt under permittering og lov 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø mv.

Ot.prp. nr. 50 (1993-1994)

Om lov om endringer i lov 4 februar 1977 nr 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v

Prop. 104 L (2009-2010)

Endringer i arbeidsmiljøloven (midlertidig ansettelse mv.).

Ot.prp.nr. 24 (2005-2006)

Om lov om endringer i lov 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv.

Ot. prp. nr. 49 (2004-2005)

Om lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven).

Ot.prp.nr. 72 (1981-1982)

Om lov om statens tjenestemenn m. m.

Ot.prp.nr. 64 (2001-2002)

Om lov om endringer i lov 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidsvern og arbeidsmiljø m.v.
(informasjon om ledige stillinger)

Ot.prp.nr.54 (2008-2009)

(endringslov) Arbeidsmiljøloven (likestilling av arbeidstiden for skift- og
turnusarbeidere mv.)

Ot.prp.nr.41 (1975-1976)

Arbeidervern og arbeidsmiljø

7.5 Forskrift

1983 Forskrift til lov om statens tjenestemenn m.m. (forskrift til tjenestemannsloven)
av 11. november 1983 nr. 1608.

7.6 Kongelig resolusjon

2005 Delvis ikraftttredelse av lov 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og
stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven) av 17. juni 2005 nr. 609.

7.7 Avgjørelser fra Høyesterett

Rt 1989 s. 1116 (Statfjord-dommen)

Rt 1990 s. 1126

Rt 2005 s. 826

Rt 2006 s. 1158 (Ambulanse-dommen)

Rt 2009 s. 578 (Sykehuset Innlandet-dommen)

Rt 2001 s. 418 (Kårsø-saken)
Rt 2000 s. 1602 (Nøkk-dommen)
Rt 2009 s. 1465 (Seinvakt-saken)
Rt 2008 s. 856 (Theatercafé-saken)
Rt 1985 s 78 (Arkitekt-saken)
Rt 2006 s. 106
Rt 2001 s. 1253

7.8 Avgjørelser fra Lagmannsretten

LE 2008- 32879
LB 2003- 14598

7.9 Forvaltningspraksis

Personalmelding nr. 10/96 til Statsforvaltningen og Riksrevisjonen
Personalmelding nr. 2/05
Korrespondanse fra Likestillings- og diskrimineringsombudet til Arbeids- og administrasjonsdepartementet i anledning sak 06/558
Avgjørelse av 23. mars 2003 ved Likestillingsombudet
AADs sak 91/4930
Statens personalhåndbok 2008